

المَغْنَمُ

لِمَوْفَّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشَقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد داحلو

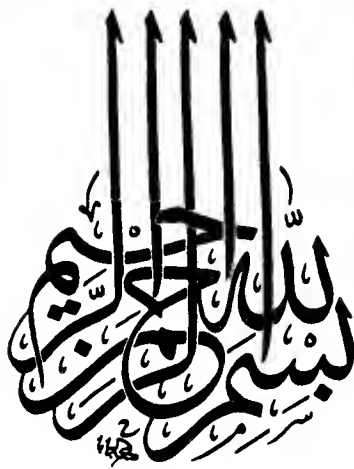
الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

المجلد الرابع عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب القضاء

١١/ظ

الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أمّا الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (١) . وقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (٢) . وقوله : ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ﴾ (٣) . وقوله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (٤) . وأمّا السنة ، فمأروى عمرو بن العاص ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ (٥) فَلَهُ أَجْرٌ » متفق عليه (٦) . في أي وأخبار سوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء ، والحكم بين الناس .

فصل : والقضاء من فروض الكفايات ؛ لأنّ أمر الناس لا يستقيم بدونه ، فكان واجباً عليهم ، كالجهاد والإمامة . قال أحمد : لا بدّ للناس من حاكم ، أتذهب حقوق

(١) سورة ص ٢٦ .

(٢) سورة المائدة ٤٦ .

(٣) سورة النور ٤٨ .

(٤) سورة النساء ٦٥ .

(٥) في الأصل ، ب : « وأخطأ » .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٣٣/٩ . ومسلم ، في : باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي يخطئ ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٢ ، ١٩٨/٤ ، ٢٠٤ .

النَّاسِ ! وفيه فضلٌ عظيمٌ لِمَنْ قَوِيَ عَلَى الْقِيَامِ بِهِ ، وأداءِ الْحَقِّ فِيهِ ، ولذلك جعلَ اللهُ فِيهِ أَجْرًا مَعَ الْخَطَا ، وَأَسْقَطَ عَنْهُ حُكْمَ الْخَطَا ، وَلَأنَّ فِيهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ ، وَنُصْرَةً الْمَظْلُومِ ^(٧) ، وأداءِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ ، وَرَدًّا لِلظَّالِمِ عَنْ ظُلْمِهِ ، وَإِصْلَاحًا بَيْنَ النَّاسِ ، وَتَخْلِيصًا لِبَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَذَلِكَ مِنْ أَبْوَابِ الْقُرْبِ ؛ وَلِذَلِكَ تَوَلَّاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَالْأَنْبِيَاءُ قَبْلَهُ ، فَكَانُوا يَحْكُمُونَ لِأُمَمِهِمْ ، وَيَعْتَثُ عَلَيْهِمْ إِلَى الْيَمِينِ قَاضِيًا ^(٨) ، وَيَعْتَثُ أَيْضًا مُعَاذًا قَاضِيًا ^(٩) .

وقد رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لِأَنَّ أَجْلِسَ قَاضِيًا بَيْنَ اثْنَيْنِ ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً ^(١٠) . وَعَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ، / قَالَ : جَاءَ حَصْمَانِ يَخْتَصِمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي ^(١١) : « أَقْضِ بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ . قَالَ : « وَإِنْ كَانَ » . قُلْتُ : عَلَامَ أَقْضِي ؟ قَالَ : « أَقْضِ ، فَإِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشْرَةُ أَجُورٍ ، وَإِنْ أخطأتَ فَلَكَ أَجْرٌ وَاحِدٌ » . رواه سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ^(١٢) .

فصل : وفيه حَظَرٌ عَظِيمٌ وَوِزْرٌ كَبِيرٌ لِمَنْ لَمْ يُؤَدِّ الْحَقَّ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ كَانَ السَّلْفُ ، ^(١٣) رَحِمَهُمُ اللهُ ، يَمْتَنِعُونَ مِنْهُ أَشَدَّ الْامْتِنَاعِ ، وَيَحْشَوْنَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ حَظَرَهُ . قَالَ خَاقَانُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : أَرِيدُ أَبُو قَلَابَةَ عَلَى قِضَاءِ الْبَصْرَةِ ، فَهَرَبَ إِلَى الْيَمَامَةِ ، فَأَرِيدَ عَلَى

(٧) فِي ب : « الْمَظْلُوم » .

(٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ كَيْفِ الْقِضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٧٠/٢ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْقِضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٧٧٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨٣/١ ، ٨٨ ، ١٣٦ ، ١٤٩ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٦/١٠ ، ٨٧ .

(٩) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(١٠) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَنْ ابْتَلَى بِشَيْءٍ مِنَ الْأَعْمَالِ ... ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٩/١٠ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٢) وَعَزَاهُ صَاحِبُ الْكَتَنِ إِلَى ابْنِ عَسَاكِرَ : كَنْزُ الْعَمَالِ ٨٠٢/٥ .

(١٣-١٣) فِي ب ، م : « رَحِمَهُ اللهُ عَلَيْهِم » .

قَضَائِهَا ، ^(١٤) فَهَرَبَ إِلَى الشَّامِ ، فَأَرَادَ عَلَى قَضَائِهَا ^(١٥) ، وَقِيلَ : لَيْسَ هَهُنَا غَيْرُكَ . قَالَ : فَأَنْزِلُوا الْأَمْرَ عَلَى مَا قُلْتُمْ ، فَإِنَّمَا مَثَلِي مَثَلُ سَابِجٍ وَقَعَ فِي الْبَحْرِ ، فَسَبَحَ يَوْمَهُ ، فَاِنْطَلَقَ ، ثُمَّ سَبَحَ الْيَوْمَ الثَّانِي ، فَمَضَى أَيْضًا ، فَلَمَّا كَانَ الْيَوْمَ الثَّالِثَ فَتَرَتْ يَدَاهُ ^(١٥) . وَكَانَ يُقَالُ : أَعْلَمَ النَّاسُ بِالْقَضَاءِ أَشَدَّهُمْ لَهُ كَرَاهَةً . وَلِعَظِمَ خَطَرُهُ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : ^(١٦) هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقِيلَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ : إِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مَخْرَجَ الدِّمِّ لِلْقَضَاءِ ، وَإِنَّمَا وَصَفَهُ بِالْمَشَقَّةِ ؛ فَكَأَنَّ مَنْ وَلِيَهُ قَدْ حُمِلَ عَلَى مَشَقَّةٍ ، كَمَشَقَّةِ الذَّبْحِ .

فصل : والنَّاسُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْرُبٍ ؛ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ، وَهُوَ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، وَلَمْ تَجْتَمِعْ فِيهِ شُرُوطُهُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ » ذَكَرَ مِنْهُمْ رَجُلًا قَضَى بَيْنَ النَّاسِ بِجَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ^(١٧) . وَلَأنَّ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَدْلِ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ الْحَقَّ مِنْ مُسْتَحِقِّهِ وَيُدْفَعُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَمِنْهُمْ ، مَنْ يَجُوزُ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، وَيُوجَدُ غَيْرُهُ مِثْلُهُ ، فَلَهُ أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ بِحُكْمِ حَالِهِ وَصَلَاحِيَّتِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ ^(١٨) يَتَّعِنَنَّ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَطَرِ وَالْغَرَرِ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنَ السَّلَامَةِ ، وَلِمَا وَرَدَ فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ وَالدِّمِّ ، وَلَأنَّ طَرِيقَةَ السَّلَفِ الْأَمْتِنَاعُ مِنْهُ وَالتَّوَقُّي ، وَقَدْ

(١٤-١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) ذكره ابن أبي شيبة ، في : باب في القضاء وما جاء فيه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٨/٧ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٧/١٠ . ووكيع ، في أخبار القضاة ٢٣/١ . (١٦) في : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦٦/٦ ، ٦٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في طلب القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٩١/٤ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٦/١٠ .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي يخطئ ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ .

(١٨) في الأصل : « لا » .

أَرَادَ عُمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَوَلِيَةَ ابْنِ عَمَرَ الْقَضَاءَ فَأَبَاهُ ^(١٩) . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ / ابْنُ حَامِدٍ :
 إِنْ كَانَ رَجُلًا خَامِلًا ، لَا يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَلَا يُعْرَفُ ، فَلَاؤَلَىٰ لَهُ تَوَلِيهِ ، لِيُرْجَعَ
 إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَيَقُومَ بِهِ الْحَقُّ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا فِي النَّاسِ
 بِالْعِلْمِ ، يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي تَعْلِيمِ الْعِلْمِ وَالْفَتْوَى ، فَلَاؤَلَىٰ الْأَشْتَغَالِ بِذَلِكَ ، لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ
 مَعَ الْأَمْنِ مِنَ الْعَرْرِ . وَنَحْوَ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالُوا أَيْضًا : إِذَا كَانَ ذَا حَاجَةٍ ،
 وَلَهُ فِي الْقَضَاءِ رِزْقٌ ، فَلَاؤَلَىٰ لَهُ الْأَشْتَغَالُ بِهِ ، فَيَكُونُ أَوَّلَىٰ مِنْ سَائِرِ الْمَكَاسِبِ ؛ لِأَنَّهُ
 قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ . وَعَلَىٰ كُلِّ حَالٍ ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ طَلَبُهُ ، وَالسَّعْيُ فِي تَحْصِيلِهِ ؛ لِأَنَّ
 أَنَسًا رَوَىٰ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ ابْتَغَى الْقَضَاءَ ، وَسَأَلَ فِيهِ شَفْعَاءَ ، وَكَلَّ
 إِلَىٰ نَفْسِهِ ، وَمَنْ أَكْرَهَ عَلَيْهِ ، أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٠) : هَذَا
 حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ : « يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، لَا
 تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ ؛ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلْتَ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ ^(٢١) غَيْرِ
 مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٢) . الثَّالِثُ : مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ يَصْلُحُ

(١٩) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَاضِي ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَدِي
 ٦٣/٦ ، ٦٤ . وَابْنُ حَبَانَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الزَّجَرِ عَنْ دُخُولِ الْمَرْءِ فِي قَضَاءِ الْمُسْلِمِينَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ .
 انْظُرْ : الْإِحْسَانَ بِتَرْتِيبِ صَحِيحِ ابْنِ حَبَانَ ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ . وَذَكَرَهُ وَكِيعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٧/١ ، ١٨ .
 (٢٠) فِي : بَابِ مَا جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَاضِي ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَدِي ٦٥/٦ ، ٦٦ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي طَلَبِ الْقَضَاءِ وَالتَّسَرُّعِ إِلَيْهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٦٩/٢ . وَابْنُ
 مَاجَةَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٧٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ
 ١١٨/٣ ، ٢٢٠ .

(٢١) فِي م : « مِنْ » .

(٢٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : أَوَّلِ كِتَابِ الْإِيمَانِ وَالنَّذْرِ ، وَفِي : بَابِ الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الْحَنْثِ وَبَعْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ
 الْكَفَّارَاتِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ لَمْ يَسْأَلِ الْإِمَارَةَ أَعَانَهُ اللَّهُ ، وَبَابِ مَنْ سَأَلَ الْإِمَارَةَ وَكَلَّ إِلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ
 الْبَيْهَقِيِّ ١٥٩/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ طَلَبِ الْإِمَارَةِ وَالْحَرَصِ عَلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ .
 صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٥٦/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي طَلَبِ الْإِمَارَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١١٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ،
 فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ فَرَأَىٰ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، مِنْ أَبْوَابِ النَّذْرِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَدِي ١٠/٧ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ مَسْأَلَةِ الْإِمَارَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمَجْتَبَى ١٩٨/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ حَلَفَ
 عَلَىٰ يَمِينٍ فَرَأَىٰ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، مِنْ كِتَابِ النَّذْرِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٨٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦٢/٥ ، ٦٣ .

للقضاء ، ولا يُوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ^(٢٣) ؛ لأنه فرض كفاية ، لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه ، كغسل الميت وتكفينه . وقد نُقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل : هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يأثم . فهذا يحتمل أنه يُحمّل على ظاهره ، في أنه لا يجب عليه ، لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لتفجع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه ، وقد قيل له : ليس غيرك . ويحتمل أن يُحمّل على مَنْ لم يُمكنه القيام بالواجب ، لظلم السلطان أو غيره ؛ فإن أحمد قال : لا بُدّ للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس !

فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء ، وفرض له رزقاً ^(٢٤) . ورزق شريحاً في كل شهر مائة درهم ^(٢٥) . وبعث إلى الكوفة عمراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ، ورزقهم كل يوم شاة ؛ نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم ^(٢٦) . وكتب إلى معاذ ابن جبل ، وأبي عبيدة ، حين بعثهما إلى الشام ، أن انظرا رجلاً من صالحى من قبلكم ، فاستعملوهم على القضاء ، وأوسعوا عليهم ، وارزقوهم ، واكفوهم من مال الله ^(٢٧) . وقال أبو الخطاب : يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فعلى وجهين . وقال أحمد : لا ^(٢٨) يعجنى أن يأخذ على القضاء أجراً ، وإن كان فبقدر شغل ، مثل وإلى اليتيم . وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء ^(٢٩) . وكان مسروق ،

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٣٥٩/٢ .

(٢٥) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من أبواب القضاء . المصنف ٢٩٧/٨ .

(٢٦) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٢٥٥/٣ .

(٢٧) انظر : إرواء الغليل ٢٣٤/٨ .

(٢٨) في ب ، م : « ما » .

(٢٩) أخرج خير الحسن ، ابن أبى شيبة في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

٥٠٥/٦ .

وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن^(٣٠) ، لا يأخذان عليه أجراً ، وقالا : لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن متعيناً جاز له^(٣١) أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة . والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ؛ لأن أبا بكر ، رضي الله عنه ، لما ولي الخلافة ، فرضوا له رزقاً^(٣٢) كل يوم درهمين^(٣٣) . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق^(٣٤) لمن تولى من القضاة ، ولأن الناس حاجة إليه ، ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل ، وضاعت الحقوق . فأما الاستئجار عليه ، فلا يجوز . قال عمر ، رضي الله عنه : لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً^(٣٥) . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون من^(٣٦) أهل القرية ، فأشبه الصلاة ؛ ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره ، وإنما يقنع عن نفسه ، فأشبه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق ، فقال للخصمين : لا أفضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه . جاز . ويحتمل أن لا يجوز .

فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده ؛ فإن النبي ﷺ بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً . وقال له : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتاب الله تعالى . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : فَيَسْتَرْسِلُ رسول الله ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : أَجْتَهُدُ رَأْيِي . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ

ظ ٣/١١

(٣٠) عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن البكري ، من أولاد أبي بكر الصديق ، إمام ثبت فقيه ، من صغار التابعين ، توفي بحوران ، في سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، ٦ .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في م : « الرزق » .

(٣٣) انظر : ما أخرجه البخاري ، في : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٧٤/٣ . والبيهقي ، في : باب ما يكره للقاضي من البيع والشراء ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٧/١٠ . وابن سعد ، في الطبقات الكبرى ١٨٥/٣ .

(٣٤-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٢٩٧/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

(٣٦) في الأصل ، ١ ، م : « في » .

رَسُولٌ^(٣٧) رَسُولُ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ ». وبعثَ عمرُ شُرَيْحًا على قضاءِ الكوفةِ ،
 وكعبَ بنِ سورٍ^(٣٨) على قضاءِ البصرةِ^(٣٩) . وكتبَ إلى أبي عبيدةَ ومُعَاذٍ يأمرهما بتوليةِ
 القضاءِ في الشامِ ؛ لأنَّ أهلَ كُلِّ بَلَدٍ يَحْتَاجُونَ إلى القاضي ، ولا يُمكنُهُم المَصِيرُ إلى بَلَدِ
 الإمامِ ، ومنَ أمْكَنته ذلكَ شقٌّ عليه ، فوجبَ إغناؤُهُم عنه .

فصل : وإذا أرادَ الإمامُ توليةَ قاضي ، فإنَّ كانَ له خِبرةٌ بالنَّاسِ ، وَيَعْرِفُ مَنْ يَصْلُحُ
 للقضاءِ ، ولأهله ، وإنَّ لم يَعْرِفْ ذلكَ ، سألَ أهلَ المعرفةِ بالنَّاسِ ، واسترشدَهُم على^(٤٠)
 مَنْ يَصْلُحُ . وإنَّ ذَكَرَ له رجلٌ لا يَعْرِفُهُ ، أَحْضَرَهُ وسأله ، وإنَّ عَرَفَ عَدْلَهُ ، وإلَّا
 بَحَثَ عن عَدْلِهِ ، فإذا عَرَفَهَا ولأهله ، ويَكْتُوبُ له عَهْدًا يأمرُهُ فيه بِتَقْوَى اللَّهِ ، والتَّشَبُّتِ في
 القضاءِ ، ومُشاوَرَةِ أهلِ العِلْمِ ، وتَصَفُّحِ أحوالِ الشُّهُودِ ، وتأمُّلِ الشَّهادَاتِ ، وتعاهِدِ
 اليتامى ، وحِفْظِ أموالِهِم وأموالِ الوقوفِ ، وغيرِ ذلكَ ممَّا يَحْتَاجُ إلى مُراعاتِهِ . ثمَّ إنَّ
 كانَ البَلَدُ الَّذِي ولَّاهُ قضاءَهُ بعيدًا ، لا يَسْتَفِيزُ إليه الخَبَرُ بما يَكُونُ في بَلَدِ الإمامِ ، أَحْضَرَ
 شاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ وقَرَأَ عليهما العَهْدَ ، أو قَرَأَهُ^(٤١) غَيْرُهُ بِحَضْرَتِهِ ، ويُشْهَدُهُما^(٤٢) على
 توليتهِ ؛ لِيَمْضِيَا مَعَهُ إلى بَلَدِ ولَايَتِهِ ، فيُقيِما لَه الشَّهادَةَ ، ويقولُ لهما : اشْهَدَا على أنَّي قد
 ولَّيْتُه قضاءَ البَلَدِ الفُلَانِيِّ ، وتقدَّمْتُ إليه بما اشْتَمَلَ هذا العَهْدُ عليه . وإنَّ كانَ البَلَدُ قَرِيبًا
 من بَلَدِ الإمامِ ، يَسْتَفِيزُ إليه ما يَجْرِي في بَلَدِ الإمامِ ، مثلُ أنْ يَكُونَ بَيْنَهُما خَمْسَةُ أَيَّامٍ أو
 ما دُونُهَا ، جازَ أنْ يَكْتَفِيَ بالاسْتِفَاضَةِ^(٤٣) دُونَ الشَّهادَةِ ؛ لأنَّ الوِلايَةَ تَثْبُتُ
 بالاسْتِفَاضَةِ^(٤٤) . وبهذا قالَ الشَّافِعِيُّ ، إلَّا أنَّ عِنْدَهُ في ثُبوتِ الوِلايَةِ بالاسْتِفَاضَةِ في البَلَدِ

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في م : « سوار » خطأ .

(٣٩) أخرجه البيهقي ، في : كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٨٧/١٠ .

(٤٠) في ب : « عن » .

(٤١) في ب ، م : « أقرأه » .

(٤٢) في ب ، م : « وأشهدهما » .

(٤٣-٤٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

القريب وَجْهَيْنِ . وقال أصحابُ أبي حنيفة : تَثْبُتُ بالاستفاضة . ولم يفصلوا بينَ
القريب والبعيد ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَى عَلِيًّا وَمُعَاذًا قَضَاءَ الْيَمَنِ وهو بعيدٌ ، من غيرِ
إشهادٍ^(٤٤) / ، وَلَى الْوَلَاةَ فِي الْبِلَادِ^(٤٥) البعيدةَ وَفَوَّضَ إِلَيْهِمُ الْوِلَايَةَ والقضاءَ ، ولم
يُشْهِدْ ، وكذلك خُلَفَاؤُهُ . ولم يُنْقَلْ عَنْهُمْ^(٤٦) الإشهادُ على تَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ ، مع بُعدِ
بُلْدَانِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَضَاءَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، وَقَدْ تَعَدَّرَتِ الْإِسْتِفاضةُ فِي الْبَلَدِ
الْبَعِيدِ ؛ لِعَدَمِ وُضُوعِهَا إِلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الْإِشْهَادُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يُشْهِدْ على
تَوَلِيَّتِهِ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لم يَبْعَثْ وَالِيًّا إِلَّا وَمَعَهُ جَمَاعَةٌ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمْ ، وَعَدَمُ نَقْلِهِ
لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ فِعْلِهِ ، وَقَدْ قَامَ دَلِيلُهُ ، فَتَعَيَّنَ وُجُودُهُ .

١٨٦٤ - مسألة : قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَلَا يُؤَلَّى قَاضٍ حَتَّى
يَكُونَ بِالْعَا ، عَاقِلًا^(١) ، مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَدْلًا ، عَالِمًا ، فَقِيهًا ، وَرِعًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْكَمَالُ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ كَمَالُ
الْأَحْكَامِ ، وَكَمَالُ الْخَلْقَةِ ، أَمَّا كَمَالُ الْأَحْكَامِ فَيُعْتَبَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَنْ يَكُونَ بِالْعَا عَاقِلًا
حُرًّا ذَكَرًا . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ الذَّكُورِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَّةً ،
فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً فِي غَيْرِ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّهُ
يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ شَاهِدَةً فِيهِ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ
أَمْرًا »^(٣) . وَلِأَنَّ الْقَاضِيَ يَحْضُرُهُ مُحَافِلُ الْخُصُومِ وَالرِّجَالِ ، وَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كَمَالِ
الرَّأْيِ وَقَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةُ الْعَقْلِ ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ ، لَيْسَتْ

(٤٤) فِي ب ، م : « شَهَادَةٌ » .

(٤٥) فِي ب ، م : « الْبِلْدَانِ » .

(٤٦) فِي م : « مِنْهُمْ » .

(١) سَقَطَ مِنْ ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى كَسْرِي وَقِصْرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ حَدَّثَنَا عُمَانُ =

أَهْلًا لِلْحُضُورِ فِي مَحَافِلِ الرِّجَالِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلِهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، وَقَدْ نَبَّهَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالِهِنَّ وَنِسْيَانِهِنَّ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ ^(٤) . وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعُظْمَى ، وَلَا لِتَوَلِيَةِ الْبُلْدَانِ ؛ وَلِهَذَا لَمْ يُؤَلِّهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ ، امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وَلَايَةً بَلَدٍ ، فِيمَا بَلَعْنَا ، وَلَوْ جَارَ ذَلِكَ لَمْ يَخُلْ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا . وَأَمَّا كَأُلِ / الْخِلْقَةِ ، فَأَنْ يَكُونَ مُتَكَلِّمًا سَمِيعًا بَصِيرًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يُمَكِّنُهُ التُّطْقُ بِالْحُكْمِ ، وَلَا يَقْهَمُ جَمِيعُ النَّاسِ إِشَارَتَهُ ، وَالْأَصَمُّ لَا يَسْمَعُ قَوْلَ الْحَصْمَيْنِ ، وَالْأَعْمَى لَا يَعْرِفُ الْمُدَّعَى مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرُ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، وَالشَّاهِدُ مِنَ الْمَشْهُودِ لَهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعْمَى ؛ لِأَنَّ شُعْبِيًّا كَانَ أَعْمَى . وَلَهُمْ فِي الْأَخْرَسِ الَّذِي تُفْهَمُ إِشَارَتُهُ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْحَوَاسَّ تُؤَثِّرُ فِي الشَّهَادَةِ ، فَيَمْنَعُ فَقْدُهَا وَلَايَةَ الْقَضَاءِ كَالسَّمْعِ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ مَنْصِبَ الشَّهَادَةِ دُونَ مَنْصِبِ الْقَضَاءِ ، وَالشَّاهِدُ يَشْهَدُ فِي أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ يُحْتَاجُ إِلَيْهَا فِيهَا ، وَرَبَّمَا أَحَاطَ بِحَقِيقَةِ عِلْمِهَا ، وَالْقَاضِي وَلَايَتُهُ عَامَّةٌ ، وَيَحْكُمُ فِي قَضَايَا النَّاسِ عَامَّةً ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الشَّهَادَةُ ، فَالْقَضَاءُ أَوَّلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ شُعْبِيٍّ ^(٥) عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَا تُسَلَّمُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ كَانَ أَعْمَى ، وَلَوْ ثَبَّتَ فِيهِ ذَلِكَ ، فَلَا يَلْزَمُ هَهُنَا ، فَإِنْ شُعْبِيًّا ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، كَانَ مَنْ آمَنَ مَعَهُ مِنَ النَّاسِ قَلِيلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْتَاجُونَ إِلَى حَكْمٍ بَيْنَهُمْ لِقَلَّتِهِمْ وَتَنَاصُفِهِمْ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي مَسْأَلَتِنَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْعَدَالَةُ ، فَلَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ فَاسِقٍ ، وَلَا مَنْ فِيهِ نَقْصٌ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَحُكِيَ عَنِ الْأَصَمِّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي

= ابن الهيثم ، من كتاب الفتن . صحيح البخارى ١٠/٦ ، ٧٠/٩ . والترمذى ، فى : باب حدثنا محمد بن المنثى ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ١١٨/٩ ، ١١٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن استعمال النساء فى الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٠/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨/٥ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٥-٥) سقط من : م .

فاسقاً؛ لما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « سَيَكُونُ بَعْدِي أُمَرَاءُ ^(٦) يُؤَخِّرُونَ الصَّلَاةَ عَنْ أَوْقَاتِهَا ، فَصَلُّوْهَا لَوَقْتِهَا ، وَاجْعَلُوا صَلَاتَكُمْ مَعَهُمْ ^(٧) سُبْحَةً ^(٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ ^(٩) . فَأَمَرَ بِالتَّبَيُّنِ عِنْدَ قَوْلِ الْفَاسِقِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، وَيَجِبُ التَّبَيُّنُ عِنْدَ حُكْمِهِ ؛ وَلَأنَّ الْفَاسِقَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَاهِداً ، فَلَمَّا كَانَ يَكُونُ قَاضِياً أَوَّلَى . فَأَمَّا / الْخَبَرُ فَأُخْبِرَ بِوُقُوعِ كَوْنِهِمْ أُمَرَاءَ ، لَا بِمَشْرُوعِيَّتِهِ ، وَالتَّرَاغُ فِي صِحَّةِ تَوَلِّيَّتِهِ ، لَا فِي وُجُودِهَا . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الاجْتِهَادِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَبَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَامِياً فَيُحْكَمَ بِالتَّقْلِيدِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ فَصْلُ الْعَصَائِمِ ، فَإِذَا امْتَكَنَهُ ذَلِكَ بِالتَّقْلِيدِ جَازَ ، كَمَا يُحْكَمُ بِقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ^(١٠) . وَلَمْ يَقُلْ بِالتَّقْلِيدِ ، وَقَالَ : ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ ﴾ ^(١١) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ^(١٢) . وَرَوَى بُرَيْدَةُ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقَضَاةُ ثَلَاثَةٌ ؛ اِثْنَانِ فِي النَّارِ ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى ^(١٣) بِهِ ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ جَارَ فِي الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِي النَّارِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(١٤) . وَالْعَامِيُّ يَقْضِي عَلَى الْجَهْلِ ^(١٥) ، وَلَأنَّ الْحُكْمَ آكَدُ مِنَ الْفُتْيَا ؛ لِأَنَّهُ فُتْيَا

٥/١١

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أُمَّة » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « مَعَهُ » .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٢١/٣ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأُخْرِجَهُ مُسْلِمٌ أَيْضَا ، فِي : بَابِ النَّدْبِ إِلَى وَضْعِ الْأَيْدِي ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٧٩/١ وَالسَّبِيحَةُ : النَّافِلَةُ .

(٩) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ٦ .

(١٠) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٩ .

(١١) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٠٥ .

(١٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٥٩ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَقَضَى » .

(١٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ٧ .

(١٥) فِي ب ، م : « جَهْلٌ » .

والزَّامُ ، ثم الْمُفْتَى لا يجوزُ أن يكونَ عامِّيًّا مُقَلِّدًا ، فالْحُكْمُ أَوَّلَى . فإن قيل : فالمُفْتَى يجوزُ أن يُخْبِرَ بما سَمِعَ . قلنا : نعم . إلاَّ أنَّه لا يكونُ مُفْتًى في تلك الحال ، وإنَّما هو مُحْبَرٌ ، فيحتاجُ أن يُخْبِرَ عن رجلٍ بعينه من أهل الاجتهاد فيكونَ مَعْمُولًا بِخَبَرِهِ لا بِقُضَائِهِ ، وخالف^(١٦) قول^(١٧) الْمُقَوِّمِينَ^(١٨) ؛ لأنَّ ذلك لا يُمكنُ الحاكمَ مَعْرِفَتَهُ بنفسِهِ ، بخلاف الحُكْمِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمن شرط الاجتهاد معرفةُ سِتَّةِ أَشْيَاء ؛ الكتاب ، والسُّنَّةُ ، والإجماع ، والاختلاف ، والقياس ، ولسانِ العرب . أمَّا الكتاب ، فيحتاجُ أن يَعْرِفَ منه عَشْرَةَ أَشْيَاء ؛ الخاصُّ ، والعامُّ ، والمُطلَقُ ، والمُقَيَّدُ ، والمُحْكَمُ ، والمُتَشَابِهُ ، والمُجْمَلُ ، والمُفَسَّرُ ، والنَّاسِخُ ، والمَنْسُوخُ في الآياتِ المتعلقةِ بالأحكام ، وذلك نحوُ خَمْسِمِائَةٍ ، ولا يَلْزُمُهُ معرفةُ سائرِ القرآن . فأما السُّنَّةُ ، فيحتاجُ إلى معرفة^(١٩) ما يتعلَّقُ منها بالأحكامِ دونَ سائرِ الأخبارِ ، من ذكرِ الجنةِ والنارِ والرَّقَائِقِ ، ويحتاجُ أن يَعْرِفَ منها ما يَعْرِفُ من الكتاب ، ويزيدُ معرفةَ التَّوَاتُرِ ، والآحادِ ، والمُرْسَلِ ، والمُتَّصِلِ ، والمُسْنَدِ ، والمُنْقَطِعِ ، والصَّحِيحِ ، والضعيفِ ، ويحتاجُ إلى معرفةٍ ما أجمعَ عليه ، وما اختلفَ فيه ، ومعرفةِ القياسِ ، وشروطِهِ ، وأنواعِهِ ، وكيفيةِ اسْتِنْبَاطِ الأحكامِ ، ومعرفةِ لسانِ العربِ فيما يتعلَّقُ بما ذُكِرَ ؛ لِيَتَعَرَّفَ به اسْتِنْبَاطُ الأحكامِ من أصنافِ عُلُومِ الكتابِ والسُّنَّةِ ، وقد نَصَّ أحمدُ على اشتراطِ ذلكِ لِلْفُتْيَا ، والحُكْمِ في معناه . فإن قيل : فهذه^(٢٠) شروطٌ لا تَجْتَمِعُ^(٢١) في أَحَدٍ^(٢٢) ، فكيف يجوزُ اشتراطُها ؟ قلنا : ليس من شرطِهِ أن يكونَ مُحِيطًا بهذه العلومِ إحاطَةً تَجْمَعُ أَقْصَاها ، وإنما يحتاجُ^(٢٣) أن يَعْرِفَ من ذلك ما يتعلَّقُ بالأحكامِ من الكتابِ والسُّنَّةِ ولسانِ العربِ ، ولا أن يحيطَ بجميعِ

١١/٥ ظ

(١٦) في ب ، م : « ويخالف » .

(١٧) في م زيادة : « معرفته » .

(١٨) في النسخ : « المقولين » . وتقدم .

(١٩) في ب ، م : « معرفته » .

(٢٠) في م : « هذه » .

(٢١) ٢١-٢١ سقط من : م .

(٢٢) في م زيادة : « إلى » .

الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب ، خليفتا رسول الله ﷺ ، ووزيرا^(٢٣) ، وخير الناس بعده ، في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة ، يسألان الناس فيخبران ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدّة ، فقال : مالك في كتاب الله شيء ، ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ، ولكن أرجع حتى أسأل الناس . ثم قام فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدّة ؟ فقام المغيرة بن شعبه ، فقال : أشهد أن رسول الله ﷺ أعطاها السدس^(٢٤) . وسأل عمر عن إملاص المرأة ، فأخبره المغيرة^(٢٥) بن شعبه^(٢٥) أن النبی ﷺ قضى فيه بغرة^(٢٦) . ولا يشترط معرفة المسائل التي فرّعها المجتهدون في كتبهم ، فإن هذه فروع فرّعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد ، فلا تكون شرطا له وهو سابق / عليها . وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهدا في كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة ، وما يتعلق بها ، فهو مجتهد فيها ، وإن جهل غيرها ، كمن يعرف الفرائض وأصولها ، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقّف في مسائل . وقيل : من يجيب في كل مسألة فهو مجنون ، وإذا ترك العالم : لا أدري . أصيبت مقاتله . وحكى^(٢٧) أن مالكا^(٢٧) سئل عن أربعين مسألة ، فقال في ست وثلاثين منها : لا أدري . ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهدا . وإنما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدوّن في فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ، ورزق فهمه ، كان مجتهدا ، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه . والله أعلم .

فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل : يشترط ذلك ؛ ليعلم^(٢٨) ما

(٢٣) في الأصل ، ب : « ووزراه » .

(٢٤) تقدم ترجمته ، في : ٥٤/٩ .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) تقدم ترجمته ، في : ٦٠/١٢ .

(٢٧-٢٧) في ب : « عن مالك أنه » .

(٢٨) في م : « لعلم » .

يَكْتَبُهُ كَاتِبُهُ^(٢٩) ، ولا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِخْفَائِهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ أُمِّيًّا ، وَهُوَ سَيِّدُ الْحُكَّامِ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْحُكْمِ^(٣٠) الْكِتَابَةُ ، فَلَا تُعْتَبَرُ شُرُوطُهَا ، وَإِنْ اِخْتِاجُ إِلَى ذَلِكَ جَازَ تَوَلِّيْتُهُ لِمَنْ يَعْرِفُهُ ، كَمَا أَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى الْقِسْمَةِ بَيْنَ النَّاسِ^(٣١) ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ مَعْرِفَةُ الْمَسَاحَةِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ^(٣٢) الْقَضَاءِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِقِيَمِ^(٣٣) الْأَشْيَاءِ ، وَلَا مَعْرِفَتُهُ بُعُوبِ كُلِّ شَيْءٍ .

فصل : وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ قَوِيًّا مِنْ غَيْرِ عُنْفٍ ، لِيَنَالِمِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ ، لَا يَطْمَعُ الْقَوِيُّ فِي بَاطِلِهِ ، وَلَا يَنَاسُ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِهِ ، وَيَكُونُ حَلِيمًا ، مُتَأَنِّيًا ، ذَا فِطْنَةٍ وَتَبَقُّظٍ ، لَا يُؤْتِي مِنْ غَفْلَةٍ ، وَلَا يُخَدِّعُ لَغْوَةً ، صَحِيحَ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ ، عَالِمًا بِلُغَاتِ أَهْلِ وِلَايَتِهِ ، عَفِيفًا ، وَرِعًا ، نَزْهًا^(٢٩) ، بَعِيدًا عَنِ^(٣٤) الطَّمَعِ ، صَدُوقَ اللَّهْجَةِ ، ذَارِيًا وَمَشُورَةً ، لِكَلَامِهِ لِيَنْ إِذَا قَرَّبَ ، وَهَيْبَةً إِذَا أَوْعَدَ ، وَوَفَاءً إِذَا وَعَدَ ، وَلَا / يَكُونُ جَبَّارًا ، وَلَا عَسُوفًا ، فَيَقْطَعُ ذَا الْحُجَّةِ عَنْ حُجَّتِهِ . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي قَاضِيًّا حَتَّى تَكُونَ فِيهِ خَمْسُ خَصَالٍ ؛ عَفِيفٌ ، حَلِيمٌ ، عَالِمٌ بِمَا كَانَ قَبْلَهُ ، يَسْتَشِيرُ ذَوِي الْأَلْبَابِ ، لَا يَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً . وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣٥) ، قَالَ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ تَجْتَمَعَ فِيهِ سَبْعُ خِلالٍ ، إِنْ فَاتَتْهُ وَاحِدَةٌ كَانَتْ فِيهِ وَصْمَةٌ : الْعَقْلُ ، وَالْفَقْهَ ، وَالْوَرَعَ ، وَالنَّزَاهَةَ ، وَالصَّرَامَةَ ، وَالْعِلْمَ بِالسُّنَنِ ، وَالْحِلْمَ^(٣٦) . وَرَوَاهُ سَعِيدٌ^(٣٧) . وَفِيهِ : يَكُونُ فَهِمًا ، حَلِيمًا ، عَفِيفًا ،

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في ب ، م : « الحاكم » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في الأصل : « شرطه » .

(٣٣) في ب ، م : « بقيمة » .

(٣٤) في ب : « من » .

(٣٥) في ب زيادة : « أنه » .

(٣٦) في ب ، م : « والحكم » .

(٣٧) وأخرج نحوه البيهقي ، من طريق سعيد بن منصور ، في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب =

صَلِيًّا^(٣٨) ، سَأَلَ أَعْمَا لَا يَعْلَمُ . وفي رواية : مُخْتَمِلًا لِلْإِثْمَةِ ؛ وَلَا يَكُونُ ضَعِيفًا ، مَهِينًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسُطُّ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَى التَّهَاتُرِ وَالتَّشَاتُّمِ بَيْنَ يَدَيْهِ . وقال عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا عَزْلَ فُلَانًا عَنِ الْقَضَاءِ ، وَلَا سَتَعْمِلَنَّ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فَرِقَهُ^(٣٩) .

فصل : وله أَنْ يَنْتَهَرَ الْخَصْمَ إِذَا التَوَّى ، وَيَصْبِيحَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ التَّعْزِيرَ عَزَّرَهُ بِمَا يَرَى مِنْ أَدَبٍ أَوْ حَسَبٍ . وَإِنْ أَفْتَاتَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ : حَكَمْتَ عَلَيَّ بِغَيْرِ الْحَقِّ . أَوْ : ارْتَشَيْتَ . فَلَهُ تَأْدِيبُهُ . وله أَنْ يَغْفُو . وَإِنْ بَدَأَ الْمُتَكَبِّرُ بِالْيَمِينِ ، قَطَعَهَا عَلَيْهِ ، وَقَالَ : الْبَيْتَةُ عَلَى خَصْمِكَ .^(٤٠) فَإِنْ عَادَ نَهَرَهُ^(٤١) ، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَهُ إِنْ رَأَى . وَأَمْثَالُ ذَلِكَ مِمَّا^(٤٢) فِيهِ إِسَاءَةُ الْأَدَبِ ، فَلَهُ مُقَابَلَةٌ فَاعِلِهِ ، وَلَهُ الْعَفْوُ .

فصل : وإذا^(٤٣) وَلَّى الْإِمَامُ رَجُلًا الْقَضَاءَ^(٤٤) ، فَإِنْ كَانَتْ وَلَايَتُهُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ ، فَأَرَادَ السَّيْرَ إِلَى بَلَدٍ^(٤٥) وَلَايَتِهِ ، بَحَثَ عَنْ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، لِيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ ، وَيَتَعَرَّفَ مِنْهُمْ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ فِي طَرِيقِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ إِذَا دَخَلَ الْبَلَدَ عَنْ أَهْلِهِ ، وَمَنْ بِهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْفُضَلَاءِ وَأَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالسُّتَرِ^(٤٦) ، وَسَائِرِ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَإِذَا قُرِبَ مِنَ الْبَلَدِ ، بَعَثَ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِقُدُومِهِ لِيَتَلَقَّوْهُ ، وَيَجْعَلَ قُدُومَهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ / إِنْ أُمِكَتْهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ ، قَدِمَ يَوْمَ الْخَمِيسِ^(٤٧) ، ثُمَّ

و ٧/١١

= القاضي . السنن الكبرى ١٠/١١٠ . وأورده البخاري ، في : باب متى يستوجب الرجل القضاء ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨٤/٩ . كلاهما بلفظ : خمس خصال .

(٣٨) في ب ، م : « صلياً » .

(٣٩) فرقه : أى خافه . وأخرجه البيهقي ، في : باب القاضي إذا بان له من أحد الخصمين اللدنهاه عنه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٨/١٠ وذكره وكيع ، في أخبار القضاة ٢٧٠/١ .

(٤٠ - ٤١) سقط من : ب ، م .

(٤١) في الأصل : « فيما » .

(٤٢) في م : « وإن » .

(٤٣) في الأصل : « للقضاء » .

(٤٤) في ب ، م : « بلاد » .

(٤٥) في ب ، م : « السير » .

(٤٦) لم نجد هذا ، ولعل المصنف أراد الخروج إلى السفر . انظر : جامع الأصول ١٥/٥ .

يقصِدُ الجَامِعَ ، فيُصَلِّي فِيهِ رَكَعَتَيْنِ ، كَمَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَفْعَلُ إِذَا دَخَلَ الْمَدِينَةَ^(٤٧) ،
ويسألُ اللهَ تعالى التَّوْفِيقَ وَالْعِصْمَةَ وَالْمَعُونَةَ ، وَأَنْ يَجْعَلَ عَمَلَهُ صَالِحًا ، وَيَجْعَلَ لَوَجْهِهِ
خَالصًا ، وَلَا يَجْعَلَ لِأَحَدٍ فِيهِ شَيْئًا ، وَيُفَوِّضُ أَمْرَهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَيَتَوَكَّلُ عَلَيْهِ ، وَيَأْمُرُ
مُنَادِيَهُ فَيُنَادِي فِي الْبَلَدِ ، إِنَّ فَلَانًا قَدِمَ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا ، فَاجْتَمِعُوا لِقَرَاءَةِ عَهْدِهِ ، وَقَدْ كَذَا
وَكَذَا . وَيُنْصَرَفُ إِلَى مَنْزِلِهِ الَّذِي قَدْ أَعَدَّ لَهُ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ ؛ لِيَتَسَاوَى
أَهْلُ الْبَلَدِ^(٤٨) فِيهِ ، وَلَا يَشُقُّ عَلَى بَعْضِهِمْ قَصْدُهُ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا ، أَمَرَ بِعَهْدِهِ فَقَرَأَهُ عَلَيْهِمْ ،
لِيَعْلَمُوا التَّوَلِيَّةَ ، وَيَأْتُوا إِلَيْهِ ، وَيَعِدُّ النَّاسُ يَوْمًا يَجْلِسُ فِيهِ لِلْقَضَاءِ ، ثُمَّ يَنْصَرَفُ إِلَى مَنْزِلِهِ .
وَأَوَّلُ مَا يَبْدَأُ فِيهِ^(٤٩) مِنْ أَمْرِ الْحَكَمِ ، أَنْ يَبْعَثَ إِلَى الْحَاكِمِ الْمَعزُولِ فَيَأْخُذَ مِنْهُ دِيوَانَ
الْحُكْمِ ؛ وَهُوَ مَا فِيهِ وَثَائِقُ النَّاسِ مِنَ الْمَحَاضِرِ ، وَهِيَ تُسَخُّ مَا ثَبَتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ،
وَالسَّجَلَاتُ تُسَخُّ مَا حَكَمَ بِهِ ، وَمَا كَانَ عِنْدَهُ مِنْ حُجَجِ النَّاسِ وَوَثَائِقِهِمْ مُودَعَةً فِي دِيوَانِ
الْحُكْمِ ، فَكَانَتْ عِنْدَهُ بِحُكْمِ الْوَلَايَةِ ، فَإِذَا انْتَقَلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَى غَيْرِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا
إِلَيْهِ ، فَتَكُونُ مُودَعَةً عِنْدَهُ فِي دِيوَانِهِ ، ثُمَّ يَخْرُجُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي وَعَدَ بِالْجُلُوسِ فِيهِ إِلَى
مَجْلِسِهِ ، عَلَى أَكْمَلِ حَالٍ^(٥٠) وَأَعَدَّ لَهَا ، حَلِيلًا مِنَ الْغَضَبِ ، وَالْجُوعِ الشَّدِيدِ
وَالْعَطَشِ ، وَالْفَرَجِ الشَّدِيدِ وَالْحُزَنِ الْكَثِيرِ ، وَالْهَمِّ الْعَظِيمِ ، وَالْوَجَعِ الْمُؤْلِمِ ، وَمُدَافَعَةِ
الْأَخْبَثِينَ أَوْ أَحَدِهِمَا ، وَالنُّعَاسِ الَّذِي يَغْمُرُ الْقَلْبَ ؛ لِيَكُونَ أَجْمَعَ لِقَلْبِهِ ، وَأَحْضَرَ
لِدِهْنِهِ ، وَأَبْلَغَ فِي تَيْقِظِهِ لِلصَّوَابِ ، وَفِطْنَتِهِ لِمَوْضِعِ الرَّأْيِ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
« لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ »^(٥١) . فَنَصَّ عَلَى الْغَضَبِ ، وَبَّهَ عَلَى مَا فِي

(٤٧) أخرجه البخاري ، في : باب الصلاة إذا قدم من سفر ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ٩٤/٤ .
ومسلم ، في : باب استحباب الركعتين في المسجد ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٩٤٦/١ . وأبو
داود ، في : باب في الصلاة عند القدوم من السفر . سنن أبي داود ٨٢/٢ . والحاكم ، في : كتاب معرفة الصحابة .
المستدرک ١٥٥/٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٥٥/٣ . والبيهقي ، في : باب الصلاة عند القدوم ، من كتاب
الحج . السنن الكبرى ٢٦١/٥ .

(٤٨) في م : « المدينة » .

(٤٩) في م : « به » .

(٥٠) في م : « حالة » .

(٥١) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخاري
٨٢/٩ . ومسلم ، في : باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ ،
١٣٤٣ . وأبو داود ، في : باب القاضي يقضي وهو غضبان ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧١/٢ .
والترمذي ، في : باب ما جاء لا يقضي القاضي وهو غضبان ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٧٧/٦ ، ٧٨ =

مَعْنَاهُ مِنْ سَائِرِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَبُسِّلَ عَلَى مَنْ يُمْرُ بِهِ ^(٥٢) مِنَ الْمُسْلِمِينَ ^(٥٢) فِي طَرِيقِهِ ، / وَيَذْكُرُ اللَّهُ بَلْبَهُ وَلِسَانَهُ حَتَّى يَأْتِيَ مَجْلِسَهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ فَسِيحٌ ، كَالرَّحْبَةِ وَالْقَضَاءِ الْوَاسِعِ أَوْ الْجَامِعِ . وَلَا يُكْرَهُ الْقَضَاءُ فِي الْمَسَاجِدِ ^(٥٣) ، فَعَلَّ ذَلِكَ شُرَيْحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُحَارِبُ بْنُ دِنَارٍ ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ خَلْدَةَ ^(٥٤) ، قَاضٍ لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ ، أَنَّهُمْ كَانُوا يَقْضُونَ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُزَنِرِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُكْرَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَفَقَّ خَصْمَانِ عِنْدَهُ فِي الْمَسْجِدِ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنْ لَا تَقْضِيَ فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّهُ تَأْتِيكَ الْحَائِضُ وَالْجَنْبُ ^(٥٥) . وَلَأنَّ الْحَاكِمَ يَأْتِيهِ الذَّمُّ وَالْحَائِضُ وَالْجَنْبُ ^(٥٥) ، وَتَكْثُرُ غَاشِيَتُهُ ، وَيَجْرِي بَيْنَهُمُ اللَّعْطُ وَالتَّكَادُبُ وَالتَّجَاهُدُ ، وَرَبَّمَا أَدَّى إِلَى السَّبِّ وَمَا لَمْ تَبْنِ لَهُ الْمَسَاجِدُ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ بِمَا قَدَرُونَاهُ عَنْهُمْ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : رَأَيْتُ عُمَرَ وَهُوَ ^(٥٦) مُسْتَنِدٌّ ^(٥٧) إِلَى الْقِبْلَةِ ، يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَلَأنَّ الْقَضَاءَ قُرْبَةً وَطَاعَةً وَإِنْصَافَ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلَمْ يُكْرَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَلَا نَعْلَمُ صِحَّةَ مَا رَوَاهُ عَنْ عُمَرَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ خِلَافُهُ . وَأَمَّا الْحَائِضُ ، فَإِنْ عَرَضَتْ لَهَا حَاجَةٌ إِلَى الْقَضَاءِ ، وَكَلَّتْ ، أَوْ أَتَتْهُ فِي مَنْزِلِهِ . وَالْجَنْبُ يَغْتَسِلُ وَيُدْحُلُ ، وَالذَّمُّ يَجُوزُ دُخُولُهُ بِإِذْنِ مُسْلِمٍ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَجْلِسُ فِي مَسْجِدِهِ ، مَعَ حَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ

= وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ أَنْ يَقْضَى فِي قَضَاءٍ بِقَضَاءَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمُجْتَمِعُ ٢١٦/٨ ، ٢١٧ .

(٥٢-٥٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٥٣) انْظُرْ لِذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَضَى وَلَا عَنِ الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ

٨٥/٩ .

(٥٤) عُمَرُ بْنُ خَلْدَةَ ، وَيُقَالُ : عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ خَلْدَةَ الرُّزْقِيُّ الْأَنْصَارِيُّ ، تَابَعِي ، ثِقَةٌ ، مَهِيبٌ صَارِمٌ ، وَرِعٌ عَفِيفٌ ، وَلِيَ قَضَاءَ الْمَدِينَةِ فِي زَمَنِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ .

انْظُرْ : تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٤٤٢/٧ . وَأَخْبَارُ الْقَضَاءِ ، لَوَكِيِّ ١٣٠/١ - ١٣٣ .

(٥٥-٥٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « يَعْنِي » .

لِلْحُكُومَةِ وَالْفُتْيَا وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حَوَائِجِهِمْ ، وَكَانَ أَصْحَابُهُ يُطَالِبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا بِالْحُقُوقِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَرَبَّمَا رَفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ . فَقَدَرُوهُ عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ / أَنَّهُ قَالَ : تَقَاضَيْتُ ابْنَ أَبِي حَذَرْدٍ دَيْنًا فِي الْمَسْجِدِ ، حَتَّى ارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُنَا ، فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَشَارَ إِلَيَّ ، أَنْ ضَعْ مِنْ دَيْنِكَ الشَّطْرَ . فَقُلْتُ : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَقَالَ : « فَقُمْ فَأَقْضِهِ »^(٥٨) . وَبَنِيغَى أَنْ يَكُونَ جُلُوسُهُ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ ، لئَلَّا يَنْعَدَ عَلَى قَاصِدِيهِ ، وَلَا يَتَّخِذَ حَاجِبًا يَحْجُبُ النَّاسَ عَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ ؛ لَمَّا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ مُخَيَّمَرَةَ ، عَنْ أَبِي مَرْيَمَ صَاحِبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا ، وَاحْتَجَبَ دُونَ حَاجَتِهِمْ ، احْتَجَبَ اللَّهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقْرِهِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٥٩) . وَلَئِنْ حَاجِبَهُ رَبَّمَا قَدَّمَ الْمُتَأَخَّرَ وَأَخَّرَ الْمُتَقَدَّمَ لِعَرَضٍ لَهُ ، وَرَبَّمَا كَسَرَهُمْ بِحُجُبِهِمْ وَالِاسْتِغْثَانِ لَهُمْ . وَلَا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ حَاجِبٍ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ . وَيُسْطَلَقُ لَهُ شَيْءٌ^(٦٠) يَجْلِسُ عَلَيْهِ^(٦١) ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى الثَّرَابِ ، وَلَا عَلَى حَصِيرِ الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَذْهَبُ بِهَيْئَتِهِ مِنْ أَعْيُنِ الْخُصُومِ ، وَيَجْعَلُ جُلُوسَهُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ ؛ لِأَنَّ خَيْرَ الْمَجَالِسِ^(٦١) مَا اسْتَقْبَلَ بِهِ الْقِبْلَةَ . وَهَذِهِ الْأَدَابُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ لَيْسَتْ شَرْطًا فِي

(٥٨) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١/١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ١٦٠/٣ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأفضية . سنن أبى داود ٢/٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب حكم الحكم من داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨/٢١٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨١١ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٩٠ .

(٥٩) فى : باب ما جاء فى إمام الرعية ، من أبواب الأحكام . عارضة الأhoodى ٦/٧٤ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجبة عنهم ، من كتاب الإمامة . سنن أبى داود ٢/١٢٢ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للقاضى ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٠١ ، ١٠٢ . (٦٠-٦٠) سقط من : م . (٦١) فى الأصل : « المجلس » .

الحُكْمُ ، إِلَّا (٦٢) الخُلُوءُ مِنَ الْعَضَبِ وما في معناه ، فَإِنَّ في اشتراطه روايتين .

فصل : وإذا جلسَ الحاكمُ في مجلسه ، فأوَّلُ ما يَنْظُرُ فيه أمرُ المَحْبُوسِينَ ؛ لِأَنَّ الحبسَ عذابٌ ، وربما كان فيهم مَنْ لا يَسْتَحِقُّ البقاءَ فيه ، فيُنْفَذُ إلى حَبْسِ القاضي الذي كان قبله ثِقَةً ، يَكْتُبُ اسمَ كُلِّ مَحْبُوسٍ ، وفيَمَ حُبْسَ ؟ ولِمَ حُبْسَ ؟ فيَحْمِلُهُ إليه ، فيَأْمُرُ مُنَادِيًا يُنادِي في البلدِ ثلاثةَ أَيامٍ : أَلَا إِنَّ القاضِيَ فُلانَ بْنَ فُلانٍ يَنْظُرُ في أمرِ المَحْبُوسِينَ يومَ كذا ، فَمَنْ كان له مَحْبُوسٌ فَلْيَحْضُرْ . فإذا حضرَ ذلكَ اليومُ ، وحضرَ الناسُ ، تركَ الرِّقَاعَ التي فيها اسمُ المَحْبُوسِينَ بين يَدَيْهِ ، ومَدَّ يَدَهُ إليها ، فما وَقَعَ في / ٨/١١
يَدِهِ منها نظرَ إلى اسمِ المَحْبُوسِ ، وقال : مَنْ خَصَمُ فُلانِ المَحْبُوسِ . فإذا قالَ خَصَمُهُ : أنا . بعثَ معه ثِقَةً إلى الحبسِ ، فأخْرَجَ خَصَمَهُ ، وحضرَ معه مجلسَ الحُكْمِ ، ويفعلُ ذلكَ في قَدَرٍ ما يعلمُ أَنَّهُ يَتَسَعَّ زمانُهُ للنَّظَرِ فيه في ذلكَ المجلسِ ، ولا يُخْرِجُ غيرَهُم ، فإذا حضرَ المحبوسُ وخَصَمُهُ ، لم يسألْ خَصَمَهُ : لِمَ حَبَسْتَهُ ؟ لِأَنَّ الظاهرَ أَنَّ الحاكمَ إنما حبسه بحَقٍّ ، لكن يسألُ المحبوسَ : بِمَ حَبَسْتَ ؟ ولا يخلو جوابُهُ من خمسةِ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن يقولَ : حبسَنِي بحَقٍّ له حالٌ ، أنا مَلِيءٌ بِهِ (٦٣) . فيقولُ له الحاكمُ : اقضِهِ ، وإلَّا رَدَدْتُكَ في الحبسِ . الثاني ، أن يقولَ : له على دَيْنٌ ، أنا مُعْسِرٌ بِهِ . فيسألُ خَصَمَهُ ، فإن صدَّقَهُ ، فليسَهُ الحاكمُ وأطلقَهُ . وإن كَذَّبَهُ ، نظرَ في سَبَبِ الدَّيْنِ ، فإن كانَ شيئًا حصلَ له به مالٌ ، كقَرْضٍ أو شِراءٍ ، لم يَقْبَلْ قولَهُ في الإغسارِ إِلَّا بَيِّنَةً بأنَّ مالَهُ تلفَ أو نَفَدَ ، أو بَيِّنَةً أَنَّهُ مُعْسِرٌ ، فيزولُ الأصلُ الذي ثَبَتَ ، ويكونُ القولُ قولَهُ فيما يَدَّعِيهِ عليه من المالِ . وإن لم يَثْبُتْ له أصلُ مالٍ ، ولم تَكُنْ لَخَصَمِهِ بَيِّنَةٌ بذلك ، فالقولُ قولُ المحبوسِ مع يَمِينِهِ أَنَّهُ مُعْسِرٌ ؛ لِأَنَّ الأصلَ الإغسارُ . وإن شَهِدَتْ لَخَصَمِهِ بَيِّنَةٌ بأنَّ له مالًا ، لم تُقْبَلْ حتى يُعَيَّنَ (٦٤) ذلكَ المالُ بما يَتَمَيَّزُ بِهِ ، فإن شَهِدَتْ عليه البَيِّنَةُ

(٦٢) في الأصل زيادة : « أن » .

(٦٣) في الأصل : « فيه » .

(٦٤) في ب ، م : « تعين » .

بدارٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، وَصَدَّقَهَا ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ كَذَّبَهَا ، وَقَالَ : لَيْسَ هَذَا لِي ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي يَدَي لَعِيرِي . لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ بِهِ إِلَى وَاحِدٍ بَعِيْنِهِ ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ بِهِ حَاضِرًا ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي إِقْرَارِهِ ، سَقَطَ ، وَقُضِيَ مِنَ الْمَالِ ذِيْنُهُ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُ بَيِّنَةً ، وَصَاحِبُ الْيَدِ يُقَرَّرُ لَهُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا ، وَيُقْضَى الذَّيْنُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ لَصَاحِبِ الْيَدِ بِالْمَلِكِ ، / فَتَضَمَّنَتْ شَهَادَتُهُمَا^(٦٥) وَجُوبَ الْقَضَاءِ مِنْهُ ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا^(٦٥) فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، قُبِلَتْ فِيمَا تَضَمَّنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَغَيْرِهِ ؛ وَلَأنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي إِقْرَارِهِ لَغَيْرِهِ ، لِأَنَّهُ قَدْ فَعَلَ ذَلِكَ لِيُخْلَصَ مَالُهُ ، وَيَعُودَ إِلَيْهِ ، فَتَلَحُّقُهُ تَهْمَةً ، فَلَمْ تَبْطُلِ الْبَيِّنَةُ بِقَوْلِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، يَثْبُتُ الْإِقْرَارُ ، وَتَسْقُطُ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِالْمَلِكِ لِمَنْ لَا يَدَّعِيهِ وَيُنْكِرُهُ . الْجَوَابُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَقُولَ : حَبَسَنِي لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ عَلَيَّ لِحَصْمِي بِحَقٍّ لِيَبْحَثَ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ . فَهَذَا يَنْبَغِي عَلَى أَصْلِ ، وَهُوَ أَنَّ الْحَاكِمَ هَلْ لَهُ ذَلِكَ أَوْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ ، فَلَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا لَا يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ إِنْ صَدَّقَهُ حَصْمُهُ فِي هَذَا . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ حَبْسُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ قَدْ أَقَامَ مَا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْحَاكِمِ مِنَ الْبَحْثِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَؤُلَئِينَ ، فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ حَتَّى يَكْشِفَ عَنْ حَالِ شُهُودِهِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ حَصْمُهُ ، وَقَالَ : بَلْ قَدْ عَرَفَ الْحَاكِمُ عَدَالَةَ شُهُودِي ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّ حَبْسَهُ بِحَقٍّ . الْجَوَابُ الرَّابِعُ ، أَنْ^(٦٦) يَقُولَ : حَبَسَنِي الْحَاكِمُ بِتَمَنِّ كَلْبٍ ، أَوْ قِيَمَةِ خَمْرٍ أَرَفْتُهُ لِدَمِي ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَرَى ذَلِكَ . فَإِنْ صَدَّقَهُ حَصْمُهُ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُطْلِقُهُ ؛ لِأَنَّ غَرَمَ هَذَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْحَاكِمَ يُنْفِذُ حُكْمَ الْحَاكِمِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَقْضُ حُكْمٍ غَيْرِهِ بِاجْتِهَادِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ وَيَجْتَهِدُ أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ

(٦٥) فِي ب ، م : « شَهَادَتُهَا » .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

فَعَلَ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ خَصْمُهُ ، وَقَالَ : بَلِ حُبِسْتُ بِحَقِّ وَاجِبٍ غَيْرِ هَذَا . فَاَلْقُولُ قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حُبْسُهُ بِحَقِّ . الْجَوَابُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَقُولَ : حُبِسْتُ ظُلْمًا ، وَلَا حَقَّ عَلَيَّ . / فَيُنَادِي مُنَادِي الْحَاكِمِ بِذِكْرِ مَا قَالَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ رَجُلٌ فَقَالَ : أَنَا خَصْمُهُ . فَأَنْكَرَهُ ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، كُفِّ الْجَوَابَ عَلَى مَا مَضَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ خَصْمٌ ، فَاَلْقُولُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا خَصْمَ لَهُ ، أَوْ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، وَيُخْلَى سَبِيلُهُ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْرِ الْأَوْصِيَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَكُونُونَ نَاطِرِينَ فِي أُمُورِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ وَتَفْرِقَةِ الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ ، فَيَقْصِدُهُمُ الْحَاكِمُ بِالنَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْظُورَ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْمِطَالِبَةُ بِحَقِّهِ ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونَ لَا قَوْلَ لهما ، وَالْمَسَاكِينُ لَا يَتَعَيَّنُّ الْأَخْذُ مِنْهُمْ ، فَإِذَا قَدِمَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَبْلَهُ نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، لَمْ يَعْزَلْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ إِلَّا وَقَدْ عَرَفَ أَهْلِيَّتَهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَكِنْ يُرَاعِيهِ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ بِفُسْقٍ أَوْ ضَعْفٍ ، أَضَافَ إِلَيْهِ أَمِينًا قَوِيًّا يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، نَظَرَ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ أَمِينًا قَوِيًّا ، أَقْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا ضَعِيفًا ، ضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، عَزَلَهُ وَأَقَامَ غَيْرَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَرْقِيِّ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْظُرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ ، أَوْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ ، وَهُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ بِأَهْلٍ ، وَكَانَ أَهْلُ الْوَصِيَّةِ بِالْغَيْرِ عَاقِلِينَ مُعَيَّنِينَ ، صَحَّ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَبَضُوا حُقُوقَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ غَيْرُ الْمُوصِي إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِهَا ^(٦٧) ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْنَاءِ الْحَاكِمِ ، وَهَمَّ مَنْ رَدَّ إِلَيْهِمُ الْحَاكِمُ النَّظَرَ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ ، وَتَفْرِقَةِ الْوَصَايَا الَّتِي لَمْ يُعَيَّنْ لَهَا وَصِيٌّ ، فَإِنْ كَانُوا بِحَالِهِمْ ، أَقْرَهُمْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي

(٦٧) فِي الْأَصْلِ : « بَتَفْرِيقِهَا » .

قَبْلَهُ وَلَأَهِمَّ ، وَمَنْ تَغَيَّرَ حَالُهُ مِنْهُمْ ، عَزَلَهُ إِنْ فَسَقَ ، وَإِنْ / ضَعُفَ ، ضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينًا .

فصل : ثم ينظرُ في أمرِ الضَّوَالِّ واللُّقْطَةِ الَّتِي تَوَلَّى الْحَاكِمُ حِفْظَهَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُخَافُ تَلْفُهُ كَالْحَيَوَانِ ، أَوْ فِي حِفْظِهِ مُؤَنَّةٌ كَالْأَمْوَالِ الْجَائِيَةِ ، بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا لِأَرْبَابِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ كَالْأَثْمَانِ ، حَفِظَهَا لِأَرْبَابِهَا ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهَا لِتُعْرَفَ .

١٨٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)

لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، فِي أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَتَّبَعِي لَهُ أَنْ يَقْضِيَ وَهُوَ غَضْبَانٌ . كَرِهَ ذَلِكَ شَرِيحٌ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَكَتَبَ أَبُو بَكْرَةَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ وَهُوَ قَاضٍ بِسِجِسْتَانَ ، أَنْ لَا تَحْكُمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَأَنْتَ غَضْبَانٌ ؛ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَحْكُمُ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَكَتَبَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى أَبِي مُوسَى : إِيَّاكَ وَالْعَضْبَ ، وَالْقَلْقَ ، وَالصَّجَرَ ، وَالتَّأْدَى بِالنَّاسِ ، وَالتَّنَكُّرَ لَهُمْ عِنْدَ الْخُصُومَةِ ، فَإِذَا رَأَيْتَ الْخَصْمَ يَتَعَمَّدُ الظُّلْمَ ، فَأَوْجِعْ رَأْسَهُ ^(٢) . وَلَئِنَّهُ إِذَا غَضِبَ تَغَيَّرَ عَقْلُهُ ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ رَأْيَهُ وَفِكَرَهُ . وَفِي مَعْنَى الْغَضَبِ كُلِّ مَا شَغَلَ فِكَرَهُ ، مِنَ الْجُوعِ الْمُفْرِطِ ، وَالْعَطَشِ الشَّدِيدِ ، وَالْوَجَعِ الْمُرْجِعِ ، وَمُدَافَعَةِ أَحَدِ الْأَخْبَثَيْنِ ، وَشِدَّةِ النُّعَاسِ ، وَالْهَمِّ ، وَالْغَمِّ ، وَالْحُزَنِ ، وَالْفَرَجِ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا تَمْنَعُ الْحَاكِمَ ؛ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ حَضُورَ الْقَلْبِ ، وَاسْتِيفَاءَ الْفِكْرِ ، الَّذِي يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى إِصَابَةِ الْحَقِّ فِي الْغَالِبِ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الْغَضَبِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، فَتَجْرِي مَجْرَاهُ . فَإِنْ حَكَمَ فِي الْغَضَبِ أَوْ مَا شَاكَلَهُ ، فَحُكْمِي عَنِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَنَهِيٌّ عَنْهُ ، وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي فُسَادَ الْمَنَهِيِّ عَنْهُ ^(٣) . وَقَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » : يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ الرَّبِيرُ

(١) تقدم تحريجه ، في صفحة ١٩ ، ٢٠ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القضاة ، من كتاب الجامع . المصنف ١١/٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٣) سقط من : الأصل .

ورجل من الأنصار ، في شِراجِ الحرّة^(٤) ، فقال النَّبِيُّ ﷺ للزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فقال الأَنْصَارِيُّ : أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ . فغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . وقال للزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ أَحْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَدْرَ »^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَحُكِمَ فِي حَالِ غَضَبِهِ . وَقِيلَ : إِنَّمَا يَمْنَعُ الْغَضَبُ الْحَاكِمَ^(٧) إِذَا كَانَ قَبْلَ أَنْ يَتَّضَحَّ لَهُ الْحُكْمُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، فَأَمَّا إِنْ اتَّضَحَّ الْحُكْمُ ، ثُمَّ عَرَضَ الْغَضَبُ ، لَمْ يَمْنَعْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ اسْتَبَانَ قَبْلَ الْغَضَبِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ الْغَضَبُ فِيهِ .

١٨٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا نَزَلَ بِهِ الْأَمْرُ الْمُشْكِلُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، شَاوَرَ فِيهِ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا حَضَرَتْهُ قَضِيَّةٌ تَبَيَّنَ لَهُ حُكْمُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سُنَّةِ رَسُولِهِ ، أَوْ إِجْمَاعٍ ، أَوْ قِيَاسٍ جَلِيِّ ، حَكَمَ وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى رَأْيِ غَيْرِهِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِمُعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ : « بِمِ تَحْكُمُ ؟ » قَالَ : بَكِتَابِ اللَّهِ . قَالَ : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » . قَالَ : بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قَالَ : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » . قَالَ : أَجْتَهِدُ رَأْيِي ، وَلَا أَلُو . قَالَ : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ »^(١) . وَإِنْ احتَاجَ إِلَى الاجْتِهَادِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُشَاوَرَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾^(٢) . قَالَ الْحَسَنُ : إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَغَنِيًّا عَنْ مُشَاوَرَتِهِمْ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنْ يَسْتَنَّ بِذَلِكَ الْحُكَّامُ بَعْدَهُ^(٣) . وَقَدْ شَاوَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَصْحَابَهُ

(٤) شراج الحرّة : مسيل الماء منها إلى السهل .

(٥) الجدر : الحائط ، كالجدار .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٦٨/٨ ، ١٦٩ .

(٧) في ب : « الحكم » .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(٢) سورة آل عمران ١٥٩ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب مشاورة القاضي والوالي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

. ١٠٩/١٠ .

في أسارى بدر^(٤) ، وفي مُصالحَةِ الكُفَّارِ يومَ الحُنْدُقِ^(٥) ، وفي لِقَاءِ الكُفَّارِ يومَ بَدْرِ^(٦) .
 وروى : ما كان أحدٌ أَكثَرَ مُشاوَرَةً لأصحابِهِ من رسولِ اللَّهِ ﷺ^(٧) . وشاورَ أبو بكرٍ
 الناسَ في ميراثِ الجَدَّةِ^(٨) ، وعمرُ في ديةِ الجنينِ^(٩) ، وشاورَ الصحابةَ في حَدِّ
 الخمرِ^(١٠) . وروى : أنَّ عمرَ كان يَكونُ عنده جماعةٌ من أصحابِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ،
 منهم عثمانُ وعُلى وطلحةُ والزُّبيرُ وعبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ ، إذا نزلَ به الأمرُ شاورَهم
 فيه^(١١) . ولا مُخَالَفَ في استِخْبابِ ذلك ، قال أحمدُ : لَمَّا وَلِيَ سَعْدُ بْنُ إِبراهيمَ قِضاءَ
 المدينة ، كان يجلسُ بين القاسِمِ وسالمٍ يُشاوِرُهما ، وولِيَ مُحاربُ بْنُ دِثَارٍ قِضاءَ
 الكوفةِ ، فكان يجلسُ بين الحَكَمِ وحَمَّادٍ يُشاوِرُهما ، ما أَحَسَنَ / هذا لو كان الحُكَّامُ
 يَفْعَلُونَهُ ، يُشاوِرُونَ وَيَنْتَظِرُونَ . ولأنَّه قد يَنْتَبِهُ بالمُشاوَرَةِ ، ويتَذَكَّرُ ما نَسِيَهِ بالمُذَاكِرَةِ ،
 ولأنَّ الإِحاطَةَ بِجَمِيعِ العُلُومِ مُتَعَذِّرَةٌ . وقد يَنْتَبِهُ لِإِصَابَةِ الحَقِّ ومَعْرِفَةِ الحَادِثَةِ مَنْ هُوَ دُونَ
 القاضِي ، فكيفَ بمن يُساوِيهِ أو يَزِيدُ عليه ! فقد رَوَى أَنَّ أبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عنه ، جاءَهُ الحَدَّثَانِ ، فورَثَ أُمُّ الأُمِّ ، وأسَقَطَ أُمُّ الأبِ ، فقالَ له عبدُ الرحمنِ بْنُ
 سَهْلٍ : يا خَلِيفَةُ رَسولِ اللَّهِ ، لَقَدْ أسَقَطْتَ التِّي لو مَاتَتْ وَرَثَتُها ، وورَثَتْ التِّي لو^(١٢)
 مَاتَتْ لَمْ يَرِثْها . فرَجَعَ أبو بَكْرٍ ، فأَشْرَكَ بَيْنَهما^(١٣) . وروى عمرُ بْنُ شُبَّةٍ ، عن الشَّعْبِيِّ ،

و ١١/١١

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٥/١٣ .

(٥) انظر ما تقدم في : ١٥٦/١٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب غزوة بدر ، من كتاب الجهاد والسير . صحيح مسلم ١٤٠٣/٣ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢١٩/٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وانظر : الدر المنثور ١٦٣/٣ .

(٧) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في المشورة ، من كتاب الجهاد . عارضة الأحوذی ٢١٠/٧ . والبيهقی ،
 في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ . والإمام الشافعی ،
 انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ١٧٧/٢ .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٤/١٢ .

(١١) انظر ما أخرجه البيهقی ، في : باب من يشاور ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٣/١٠ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٥/٩ .

أَنَّ كَعْبَ بْنَ سُوْرٍ^(١٤) ، كَانَ جَالِسًا عِنْدَ عَمْرِ ، فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، مَا رَأَيْتُ رَجُلًا قَطُّ أَفْضَلَ مِنْ زَوْجِي ، وَاللَّهِ إِنَّهُ لَيَبِيتُ لَيْلَةً قَائِمًا ، وَيُظِلُّ نَهَارَهُ صَائِمًا فِي الْيَوْمِ الْحَارِّ مَا يُفْطِرُ . فَاسْتَعْفَرَ لَهَا ، وَأَتْنَى عَلَيْهَا ، وَقَالَ : مِثْلُكَ أَتْنَى^(١٥) الْخَيْرَ . قَالَ : وَاسْتَحْيَيْتِ الْمَرْأَةَ فَقَامَتْ رَاجِعَةً ، فَقَالَ كَعْبٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، هَلَّا أَعْدَيْتِ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا ؟ قَالَ : وَمَا شَكْتُ ؟ قَالَ : شَكْتُ زَوْجَهَا أَشَدَّ الشُّكَايَةِ . قَالَ : أَوَ ذَاكَ أَرَادَتْ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : رُدُّوْا عَلَيَّ الْمَرْأَةَ . فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالْحَقِّ أَنْ تَقُولِي ، إِنَّ هَذَا زَعَمَ أَنَّكَ جِئْتِ تَشْكِينَ زَوْجَكَ ، أَنَّهُ يَجْتَنِبُ فِرَاشَكَ . قَالَتْ : أَجَلْ ، إِنِّي امْرَأَةٌ شَابَّةٌ ، وَإِنِّي لَا تَبْتَغِي مَا يَبْتَغِي النِّسَاءُ . فَأَرْسَلَتْ إِلَى زَوْجِهَا ، فَجَاءَ ، فَقَالَ لِكَعْبٍ : اقْضِ بَيْنَهُمَا . قَالَ : أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَحَقُّ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا . قَالَ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتَقْضِيَنَّ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّكَ فَهِمْتَ مِنْ أَمْرِهِمَا مَا لَمْ أَفْهَمْ . قَالَ : فَإِنِّي أَرَى كَأَنَّهَا امْرَأَةٌ^(١٦) عَلَيْهَا ثَلَاثُ نِسْوَةٍ ، هِيَ^(١٧) رَابِعْتُهُنَّ ، فَأَقْضِيْ لَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ^(١٨) يَتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، وَلَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ . فَقَالَ عَمْرٌ : وَاللَّهِ مَا رَأَيْتُكَ الْأَوَّلَ أَعْجَبَ إِلَيَّ مِنَ الْآخِرِ ، إِذْ هَبْتَ فَأَنْتِ قَاضِيَةٌ عَلَى الْبَصَرَةِ^(١٩) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُشَاوِرُ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا قَوْلَ لَهُ فِي الْحَادِثَةِ ، وَلَا يُسَكَّنُ إِلَى قَوْلِهِ . / قَالَ سُفْيَانُ : وَلَيْكُنْ أَهْلُ مَشُورَتِكَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْأَمَانَةِ . وَيُشَاوِرُ الْمُوَافِقِينَ وَالْمُخَالَفِينَ ، وَيَسْأَلُهُمْ عَنْ حُجَّتِهِمْ ، لِيَبَيِّنَ لَهُ الْحَقُّ .

فصل : وَالْمُشَاوَرَةُ هُنَا لاسْتِخْرَاجِ الْأَدْلَةِ ، وَيَعْرِفُ الْحَقُّ بِالْاجْتِهَادِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْلَدَ غَيْرُهُ ، وَيُحْكَمَ بِقَوْلِ سِوَاهُ ، سِوَاءَ ظَهَرَ لَهُ الْحَقُّ فَخَالَفَهُ غَيْرُهُ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ شَيْءٌ ، وَسِوَاءَ ضَاقَ الْوَقْتُ ، أَوْ لَمْ يَضِيقْ . وَكَذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُفْتَى الْفُتْيَا بِالتَّقْلِيدِ .

(١٤) فِي م : « سَوَار » . خَطَأً .

(١٥) فِي ب ، م : « أَتْنَى » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ م .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « وَهِيَ » .

(١٨) فِي ب ، م : « بِلَيَالِيَهُنَّ » .

(١٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ ، فِي : ٢٣٨/١٠ .

وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد ، جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد . ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد . ولنا ، أنه من أهل الاجتهاد ، فلم يجز له تقليد غيره ، كما لو كان مثله ، كالمجتهدين في القبلة ، وما ذكره^(٢٠) ليس بصحيح ؛ فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ ، لم يجز له أن يعمل به ، وإن كان لم يبين له الحق ، فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة ، يفترق إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده ، فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ؛ لأن فيه افتياتا عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصا^(٢١) أو إجماعا .

فصل : وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق ، وثبت بهم الحجة والمحاضر ، فإن كان ممن يحكم بعلمه ، فإن شاء أذناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم / ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه ، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوها كلام المتخاصمين ، لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويحجد ، فيحفظوا عليه إقراره ، ويشهدوا به .

فصل : وإذا اتصلت به الحادثة ، واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لبس ، أمرهما بالصلح ، فإن أبيا أخرهما إلى البيان ، فإن عمجها قبل

(٢٠) في الأصل : « ذكره » .

(٢١) في الأصل : « قضاء » .

البيان ، لم يصلح حكمه . وممن رأى الإصلاح بين الخصمين ، شريح ، وعبد الله بن عتبة ، وأبو حنيفة ، والشَّعْبِيُّ ، والعَبْرِيُّ . وروى عن عمر ، أنه قال : رُدُّوا الْخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا ، فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُحْدِثُ بَيْنَ الْقَوْمِ الصُّغَائِلَ^(٢٢) . قال أبو عبيد : إِنَّمَا يَسَعُهُ الصُّلْحُ فِي الْأُمُورِ الْمُشْكِلَةِ ، أَمَّا إِذَا اسْتَنَارَتِ الْحُجَّةُ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ لَهُ مَوْضِعُ الظَّالِمِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَهُمَا عَلَى الصُّلْحِ . وَغَوْهُ قَوْلُ عَطَاءٍ . وَاسْتَحْسَنَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَروى^(٢٣) عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا نظر في سنة رسوله ، فإن لم يجدها ، نظر في القياس ، فألحقها بأشبه الأصول^(٢٤) بها ؛ لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل ، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة ، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور ، والإمام أحمد ، وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق ، فروى سعيد ، أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله ، فلا تسأل عنه أحدا ، وما لا يتبين لك في كتاب الله ، فأتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك في السنة ، فاجتهد فيه رأيك^(٢٥) . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

١٢/١١ ظ / ١٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ)

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الصلح بين الخصوم ، من كتاب الأفضية والبيوع . المصنف ٢١٣/٧ ، ٢١٤ .

(٢٣) في الأصل : « ويروى » .

(٢٤) في م : « الوصول » تحريف .

(٢٥) أخرجه ، عن عمر ، ومن طريق سعيد بن منصور ، البيهقي ، في : باب موضع المشاورة . كما أخرجه عن عمر وابن مسعود ، في : باب ما يقضى به القاضي ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١١٠ ، ١١٥ .

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح ، والشعبي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، ومحمد بن الحسين . وهو أحد قولَي الشافعي . وعن أحمد ، رواية أخرى : يجوز له ذلك . وهو قول أبي يوسف ، وأبي ثور ، والقول الثاني للشافعي ، واختيار المزني ؛ لأن النبي ﷺ لما قالت له هند : إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . قال : « خذ ما يكفيك وكذلك بالمعروف » ^(١) . فحكم لها من غير بينة ولا إقرار ، لعلمه بصديقها . وروى ابن عبد البر ، في « كتابه » أن عروة ومجاهداً رويَا ، أن رجلاً من بني مخزوم استعدي عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب ، أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا . قال عمر : إني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ، ونحن غلمان ، فأتيتي بأبي سفيان . فأتاه به ، فقال له عمر : يا أبا سفيان ، انتهض بنا إلى موضع كذا وكذا . فنهضوا ، ونظر عمر ، فقال : يا أبا سفيان ، خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا . فقال : والله لا أفعل . فقال : والله لتفعلن . فقال : والله لا أفعل . فعلاه بالذرة ، وقال : خذه لأمر لك ، فضعه ههنا ، فإنك ما علمت قديم الظلم . فأخذ أبو سفيان الحجر ، ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر استقبل القبلة ، فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تُمِتنِي حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأذلتني بالإسلام . قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان ، وقال : اللهم لك الحمد ، إذ لم تُمِتنِي حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر . قال ^(٢) : فحكم بعلمه . ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين ، لأنهما يغلبان على الظن ، فما تحققه وقطع به ، كان أولى ، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، فكذلك في ثبوت الحق ، قياساً عليه . وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله ، لا يحكم فيه بعلمه ؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته ^(٣) لم ^(٤) يحكم به ، وما علمه في

١١/٣١

(١) تقدم ترجمته ، في : ١١ / ٣٤٨ .

(٢) في ب ، م : « قالوا » .

(٣) في الأصل : « ولاية » .

(٤) في الأصل : « لا » .

وَلَايَتِهِ ، حَكَمَ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَا عَلِمَهُ قَبْلَ وَلَايَتِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ ، وَمَا عَلِمَهُ فِي وَلَايَتِهِ ، بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ فِي وَلَايَتِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَرْنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ » ^(٥) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي بِمَا يَسْمَعُ ، لَا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَضِيَّةِ الْحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ » ^(٦) . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ تَدَاعَى عَنْدهُ رَجُلَانِ ، فَقَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَنْتَ شَاهِدِي . فَقَالَ : إِنْ شِئْتُمَا شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكَمْ ، أَوْ أَحْكَمْ وَلَا أَشْهَدْ ^(٧) . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، ^(٨) فِي « كِتَابِهِ » ^(٨) ، عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى الصَّدَقَةِ ^(٩) ، فَلَاحَاهُ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ ، فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ ، فَأَتَوْا النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَعْطَاهُمُ الْأَرْضَ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي خَاطِبُ النَّاسِ ، وَمُخْبِرُهُمْ أَنَّكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرْضِيْتُمْ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ . فَصَعَدَ النَّبِيُّ ﷺ الْمِنْبَرَ ^(١٠) ، فَخَطَبَ ، وَذَكَرَ الْقِصَّةَ ،

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب من أقام البيعة بعد اليمين ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب حدثنا محمد بن كثير ، من كتاب الحيل . وفى : باب موعظة الإمام للخصوم ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٢٣٥/٣ ، ٣٢/٩ ، ٨٦ . ومسلم ، فى : باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى التشديد ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأhoodى ٨٣/٦ ، ٨٤ . والنسائى ، فى : باب الحكم بالظاهر ، وباب ما يقطع القضاء ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٥/٨ ، ٢١٧ . وابن ماجه ، فى : باب قضية الحاكم لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٧/٢ . والإمام مالك ، فى : باب الترغيب فى القضاء بالحق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧١٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠٣/٦ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ .

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٣/١ ، ١٢٤ . وأبو داود ، فى : باب فى من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ١٩٨/٢ ، ٢٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البيعة على المدعى ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأhoodى ٨٦/٦ .

(٧) أخرجه ابن أبى شيبه ، فى : باب الرجل يدعى شهادة القاضى أو الوالى ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٨/٦ .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى الأصل زيادة : « فأعطاهم » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

وقال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » قالوا : لا . فهُمْ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ ، فَزَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَعْطَاهُمْ ، ثُمَّ صَعَدَ ، فَخَطَبَ النَّاسَ ، ثُمَّ قَالَ : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » . قالوا : نعم ^(١١) . وهذا يُبَيِّنُ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ بِعِلْمِهِ .

وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَوْ رَأَيْتُ حَدًّا عَلَى رَجُلٍ ، لَمْ أُحَدِّهِ ^(١٢) حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ . وَلَآنَ تَجْوِزُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ يُفْضَى إِلَى تَهْمَتِهِ ، وَالْحُكْمُ بِمَا اشْتَبَهَ ، وَيُحِيلُهُ عَلَى عِلْمِهِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي سَفْيَانَ ، فَلَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قُتِيَ لَا حُكْمَ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْتَى فِي حَقِّ أَبِي سَفْيَانَ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ ، وَلَوْ كَانَ / حُكْمًا عَلَيْهِ لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ فِي غَيْبَتِهِ . وَحَدِيثُ عُمَرَ الَّذِي رَوَاهُ ، كَانَ إِنْكَارًا لِمُنْكَرٍ رَأَاهُ ، لَا حُكْمَ ^(١٣) ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ مَا وَجِدَتْ مِنْهُمَا دَعْوَى وَإِنْكَارٌ بِشُرُوطِهِمَا ، وَدَلِيلِ ذَلِكَ مَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ حُكْمًا ، كَانَ مُعَارَضًا بِمَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، وَيَفَارِقُ الْحُكْمَ بِالشَّاهِدِينَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى تَهْمَةٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَأَمَّا الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ ، فَإِنَّهُ يَحْكُمُ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَحْكَمْ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، لَتَسَلَّسَلَ ، فَإِنَّ الْمُزَكِّيَّ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَالَتِهِمَا وَجَرَحِهِمَا ، فَإِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِعِلْمِهِ ، اخْتِاجَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مُزَكِّيٍّ ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى مُزَكِّيٍّ ، فَيَتَسَلَّسَلَ ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ بِخِلَافِهِ .

فصل : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبيينة والإقرار في مجلس حكمه ، إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه معه أحد ، أو سمعه شاهد ، فنص أحمد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان ؛ لأنه حكم بعلمه .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب العامل يصاب على يديه خطأ ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٩/٢ . والنسائي ، في : باب السلطان يصاب على يديه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣١/٨ . وابن ماجه ، في : باب الجراح يفتدى بالقود ، من كتاب الدييات ٨٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٢/٦ .

(١٢) في ب زيادة : « منه » .

(١٣) كذا ورد في النسخ .

١٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُضُ ^(١) مِنْ حُكْمٍ غَيْرِهِ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ، إِلَّا مَا خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إِجْمَاعًا)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه ، نظرت ؛ فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع ، نقض حكمه . وبهذا قال الشافعي ، وزاد : إذا خالف قياساً ^(٢) جلياً نقضه . وعن مالك ، وأبي حنيفة ، أنهما قالوا : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع . ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه . وقال أبو حنيفة : إذا حكم ببيع متروك التسمية ، أو حكم / بين العبيد بالقرعة ، نقض حكمه . وقال محمد بن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين ، نقض حكمه . وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف ، فلم ينقض حكمه فيه ، كما لا نص فيه . وحكى عن أبي ثور ، وداود ، أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ؛ لأن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أبي موسى : لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك ^(٣) ، أن تراجع فيه الحق ؛ فإن الرجوع إلى الحق خير من التماسه في الباطل ^(٤) . ولأنه خطأ ، فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه . ولنا ، على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً ، أنه قضاء لم يصادف شرطه ، فوجب نقضه ، كما لو لم يخالف الإجماع ، وبیان مخالفته للشرط ، أن بشرط الحكم بالاجتهاد عدم النص ، بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة ، فقد فرط ، فوجب نقض حكمه ، كما

(١) في الأصل : « ينقض » .

(٢) في م : « نصا » .

(٣) في الأصل : « إلى رشدك » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، من كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ .

لو خالف الإجماع ، أو كمالو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يَبْطُلُ بما حَكَيْنَاهُ عنهم .
فإن قيل : أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ، ثم بان له الخطأ لم يُعَد ؟ قلنا : الفرق بينهما
من ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أن استقبال القبلة يسقط حال العذر^(٥) ، في حال
المسابقة^(٦) والخوف من عدو^(٧) أو سبيل^(٨) أو سبع أو نحوه ، مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق
إلى غيره مع العلم بحال . الثاني ، أن الصلاة من حقوق الله تعالى ، تدخلها المسامحة .
الثالث ، أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة ، فيشق القضاء . [و ^(٨) ههنا إذا بان له
الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك . وأما / إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا
إجماعا ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله ، لم ينقضه^(٩) لمخالفته ؛ لأن الصحابة ،
رضي الله عنهم ، أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده ، وخالفه
عمر ، ولم ينقض أحكامه ، وعلي خالف عمر في اجتهاده ، فلم ينقض أحكامه ،
وخالفهما علي ، فلم ينقض أحكامهما ، فإن أبا بكر سوى بين الناس في العطاء ،
وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ، ففاضل بين الناس ، وخالفهما علي فسوى بين الناس
وحرّم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله^(١٠) ، وجاء أهل نجران إلى علي
فقالوا : يا أمير المؤمنين ، كتابك بيدك ، وشفاعتك بلسانك . فقال : ويحكم ، إن
عمر كان رئيس الأمر ، ولن أردد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد^(١١) . وروى أن عمر
حكم في المشركة بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شرك^(١٢) بينهم بعد ، وقال : تلك

(٥) في الأصل زيادة : « فيه » .

(٦) في الأصل ، ١ : « المسابقة » .

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « ينتقضه » .

(١٠) انظر ما تقدم في : ٣٠/٩ .

(١١) وأخرجه البيهقي ، في : باب من اجتهد من الحكماء ثم تغير اجتهاده ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن
الكبرى ١٢٠/١٠ .

(١٢) في الأصل : « يشرك » .

على ما قضينا ، وهذه على ما قضينا^(١٣) . وقضى في الجد بقضايا مختلفة ، ولم يرد الأولى^(١٤) . ولأنه يودى إلى نقض الحكم بمثله ، وهذا يودى إلى أن لا يثبت الحكم أصلاً ؛ لأن الحاكم^(١٥) الثاني يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى ، فلا يثبت حكم . فإن قيل : فقد روى أن شريحاً حكم فى ابنى عم ، أحدهما أخ لأُم ، أن المال للأخ ، فرفع ذلك إلى على ، رضى الله عنه ، فقال : على بالعبد . فعجى به . فقال : فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(١٦) . فقال له على : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَهُوَ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَحِدٍ مِّنْهُمَا الْسُدُسُ ﴾^(١٧) . ونقض حكمه^(١٨) . قلنا : لم يثبت عندنا أن علىاً نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون على / رضى الله عنه ، اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها ، فنقض حكمه لذلك . ١٥/١١

فصل : إذا تغير اجتهاؤه قبل الحكم ، فإنه يحكم بما تغير اجتهاؤه إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاؤه الأول ؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل ، وهذا كما قلنا فى من تغير اجتهاؤه فى القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصلى ، صلى^(١٩) إلى الجهة التى تغير اجتهاؤه إليها . وكذلك^(٢٠) إذا بان فسق الشهود قبل الحكم ، لم يحكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحكم ، لم ينقضه .

-
- (١٣) أخرجه البيهقى فى الموضع السابق . وانظر ما تقدم فى : ٢٤ / ٩ .
(١٤) انظر : ما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى قول عمر فى الجد ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٣٥٤ / ٢ .
(١٥) فى ب : « الحكم » .
(١٦) سورة الأنفال ٧٥ .
(١٧) سورة النساء ١٢ .
(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث ابنى عم ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٢٣٩ / ٦ ، ٢٤٠ .
وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنى عم أحدهما أخ لأُم ، من كتاب الفرائض . السنن ٦٤ / ١ / ٣ .
(١٩) سقط من : الأصل ، م .
(٢٠) فى ب ، م : « ولذلك » .

فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يؤلى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر في الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء ، فما وافق من أحكامه الصواب ، أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً ، لم يسع نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة ، وكان في حق الله تعالى ، كالعتاق والطلاق ، نقضه ؛ لأن له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمي ، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه ؛ لأن الحاكم لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه . وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء ، نقضت قضاياها المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ؛ لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاً قضاءً ، لعدم شرط القضاء فيه ، وليس في نقض قضاياها نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأن الأول ليس باجتهاد ، ولا ينقض ما وافق الصواب ؛ لعدم الفائدة في نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه . وقال أبو الخطاب : ينقض قضاياها كلها ؛ ما أخطأ فيه وما أصاب . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن وجود قضائه كعدمه . ولا أعلم فيه فائدة ، فإن / الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم ، لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

ظ ١٥/١١

فصل : وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفة ، في قول جمهور العلماء ؛ منهم مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم^(٢١) بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً ، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته ، فقبلهما القاضي بظاهر عدلتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدلتهما ، وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة ، وهو يعلم أنه كاذب ، وأقام شاهدين زور ، فحكم الحاكم ، خلّت له بذلك ، وصارت زوجته . قال ابن المنذر : وتفرّد أبو حنيفة ، فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين ،

(٢١) سقط من : الأصل .

شَهِدَا لَهَا بِطَلَاقِ زَوْجِهَا، وَهَمَا يَعْلَمَانِ (٢٢) كَذِبَهَا وَتَزْوِيرَهَا (٢٣)، فَحُكِمَ الْحَاكِمُ بِطَلَاقِهَا،
لَحْلَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَحَلَّ لِأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ نِكَاحُهَا. وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحَهَا، فَرَفَعَهَا إِلَى عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَشَهِدَ لَهُ
شَاهِدَانِ بِذَلِكَ، فَقَضَى بَيْنَهُمَا بِالزَّوْجِيَّةِ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا تَزَوَّجَنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ،
اغْقِدْ بَيْنَنَا عَقْدًا حَتَّى أَجِلَّ لَهُ. فَقَالَ: شَاهِدَاكَ زَوْجَاكِ. فَدَلَّ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ ثَبَتَ
بِحُكْمِهِ. وَلَئِنْ اللَّعَانُ يَنْفَسِخُ (٢٤) بِهِ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا، فَالْحُكْمُ أَوَّلَى.
وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ يَكُونُ
الْحَنَّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ
حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً / مِنَ النَّارِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٥). وَهَذَا
يَدْخُلُ فِيهِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا، فَحُكِمَ لَهُ، وَلَئِنَّهُ حُكِمَ بِشَهَادَةِ زَوْرٍ، فَلَا
يُحِلُّ لَهُ مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ، كَالْمَالِ الْمُطْلَقِ. وَأَمَّا الْخَبْرُ عَنْ عَلِيٍّ إِنْ صَحَّ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ
فِيهِ؛ لَئِنَّهُ أَضَافَ التَّزْوِيجَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ، لَا إِلَى حُكْمِهِ، وَلَمْ يُجْبِهَا إِلَى التَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّ فِيهِ
طَعْنًا عَلَى الشُّهُودِ. فَأَمَّا اللَّعَانُ، فَإِنَّمَا حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ بِهِ، لَا بِصِدْقِ الزَّوْجِ، وَلِهَذَا لَوْ
قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِذَا شَهِدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِنِكَاحٍ، وَحُكِمَ
بِهِ الْحَاكِمُ، وَلَمْ تَكُنْ زَوْجَتُهُ، فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ، وَيَلْزَمُهَا فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَمْتَنِعَ مَا
أَمَكَّنَهَا، فَإِنْ أَكْرَهَهَا عَلَيْهِ، فَلَا تُثَمُّ عَلَيْهِ دُونَهَا، وَإِنْ وَطَّئَهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا،
وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لَئِنَّهُ وَطَّئَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ. وَقِيلَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ؛
لَئِنَّهُ وَطَّءَ مُخْتَلَفٌ فِي حِلِّهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ. وَقَالَ
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ: تَحِلُّ لَزَوْجِ ثَانٍ، غَيْرَ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنْهُ فِي الْحُكْمِ. وَقَالَ الْقَاضِي:
يَصِحُّ النِّكَاحُ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا يُفْضَى إِلَى الْجَمْعِ بَيْنِ الْوَطْءِ لِلْمَرْأَةِ مِنْ اثْنَيْنِ، أَحَدُهُمَا
يَطْوُّهَا بِحُكْمِ الظَّاهِرِ، وَالْآخَرُ بِحُكْمِ الْبَاطِنِ. وَهَذَا فُسَادٌ، فَلَا يُشْرَعُ،

(٢٢ - ٢٣) في النسخ: «كذبهما وتزويرهما». والمثبت من: الشرح الكبير ٢٠٧/٦.

(٢٣) في الأصل: «يفسخ».

(٢٤) تقدم تخريجه، في صفحة ٣٢.

ولأنّها منكوحه لهذا الذى قامت له البيّنة ، فى قول بعض الأئمّة ، فلم يجز^(٢٥) تزويجها لغيره ، كالمتروّجة بغير وليّ . وحكى أبو الخطّاب ، عن أحمد ، رواية أخرى ، مثل مذهب أبى حنيفة ، فى أنّ حكم الحاكم يُزيل الفسوخ والعقود . والأوّل هو المذهب .

فصل : وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أنّه يلزمه أن يُعديه ، ويستدعى خصمه ، سواء علّم بينهما مُعاملةً أو لم يعلم ، وسواء كان المُستعدى ممن يُعامل المُستعدى عليه أو لا^(٢٦) يُعامله ، كالفقير يدعى على ذى ثروة وهيئة . نصّ على هذا ، فى رواية / الأثرم ، فى الرجل يستعدى ، على الحاكم ، أنّه يُحضره ويستخلفه . وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة ، والشافعى ؛ لأنّ فى تركه تضييعاً للحقوق ، وإقراراً للظلم ، فإنّه قد ثبت له الحقّ على من هو أرفع منه بعصّب ، أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه ، أو يودعه شيئاً ، أو يعيره إياه فلا^(٢٧) يرّده ، ولا تُعلم بينهما مُعاملةً ، فإذا لم يُعدّ عليه ، سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم ، فإنّه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد^(٢٧) ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر على عند شريح^(٢٨) ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبّيد الله . والرواية الثانية ، لا يستدعيه إلّا أن يعلم بينهما مُعاملةً ، ويتبين أنّ لِمَا ادّعاه أصلاً . روى ذلك عن على ، رضى الله عنه . وهو مذهب مالك ؛ لأنّ فى ادّعائه على كلّ أحد تبذيل أهل المروءات ، وإهانة لذوى الهيئات ، فإنّه لا يشاء أحد أن يُبدّلهم عند الحاكم إلّا فعل ، وربما فعل هذا من لا حقّ له ليفتدى المدعى عليه من حضوره وشرّ خصمه بطائفة من

(٢٥) فى الأصل : « يجب » .

(٢٦) فى الأصل : « لم » .

(٢٧) فى الأصل : « فلم » .

(٢٨) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى

ماله ، والأولى أولى ؛ لأنَّ ضررَ تضييع الحقِّ أعظمُ من هذا . وللمُستعدي^(٢٩) عليه أن يُوكِّل مَنْ يقومُ مقامه إن كره الحضور . وإن كان المُستعدي^(٢٩) عليه امرأةً نظرت ؛ فإن كانت برزةً ، وهى التى تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، فحكمُها حكمُ الرجل . وإن كانت مُحَدَّرَةً ، وهى التى لا تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، أُمِرَتْ بالتوكيل . فإن توجَّهت اليمينُ عليها ، بعثَ الحاكمُ أمينًا معه شاهدان ، فيستخلفُها بحضرتَهما ، فإن أقرتْ ، شهدا عليها . وذكرَ القاضى أنَّ الحاكمَ يبعثُ مَنْ يقضىَ بينها وبين خصمِها فى دارِها . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « وَاغْذِيا أُنَيْسُ إِلَى أَمْرَةِ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا »^(٣٠) . فبعثَ إليها ولم يستدعِها . وإذا حضروا عندها ، كان بينها وبينهم سترٌ تتكلَّمُ من وراءه ، / فإن اعترفت للمدعى أنَّها خصمُها ، حكَمَ بينهما ، وإن أنكرت ذلك ، جِئَ بِشَاهِدَيْنِ مِنْ ذَوَى رَحِمِهَا ، يشهدان أنَّها المدعى عليها ، ثم يُحكَمُ بينهما ، فإن لم تكن له بينةٌ ، التَّحَفَّتْ بِجَلْبَابِهَا ، وأُخْرِجَتْ مِنْ وَرَاءِ السِّتْرِ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ . وما ذكرناه أولى ، إن شاء الله ؛ لأنَّه أسترُّ لها ، وإذا كانت خِفْرَةً ، منعها الحياءُ مِنَ التَّطَقُّ بِحُجَّتِهَا ، والتَّعْبِيرِ عَنْ نَفْسِهَا ، سِيِّمًا مَعَ جَهْلِهَا بِالْحُجَّةِ ، وَقِلَّةِ مَعْرِفَتِهَا بِالشَّرْعِ وَحُجَجِهِ .

فصل : ولا يخلو المُستعدي عليه من أن يكونَ حاضرًا أو غائبًا ؛ فإن كان حاضرًا فى البلد أو قريبًا منه ، فإن شاءَ الحاكمُ بعثَ مع المُستعدي عَوْنًا يُحْضِرُ المدعى عليه ، وإن شاءَ بعثَ معه قِطْعَةً مِنْ شَمْعٍ أو طِينٍ مَحْتُومًا بِخَاتَمِهِ ، فإذا بعثَ معه خَتَمًا ، فعادَ فذكرَ أنَّه اِمْتَنَعَ ، أو كسرَ الخَتَمَ ، بعثَ إليه عَوْنًا^(٣١) ، فإن اِمْتَنَعَ ، أنفَذَ صاحبُ الْمُعُونَةِ فَأَحْضَرَهُ ، فإذا حضرَ وشهدَ عليه شاهدان بالامتناع ، عزَّره إن رأى ذلك ، بحسَبِ مَا يَرَاهُ ، تَأْذِيًّا لَهُ ، إما بالكلامِ وَكَشْفِ رَأْسِهِ ، أو بالضَّرْبِ أو بالحَسْبِ ، فإن

(٢٩) فى م : « وللمستعدي » .

(٣٠) تقدم تحريجه ، فى ٣١٣/١٢ .

(٣١) فى ب ، م : « عيونا » .

اِخْتَبَأَ بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ ثَلَاثًا أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ سَمَّرَ بَابَهُ ، وَخَتَمَ عَلَيْهِ ، وَيَجْمَعُ أُمَاتِلَ جِيرَانِهِ وَيُشْهِدُهُمْ عَلَى إِعْذَارِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، وَسَأَلَ الْمُدْعَى أَنْ يُسَمَّرَ عَلَيْهِ مَنْزِلُهُ ، وَيَخْتَمَ عَلَيْهِ . وَتَقَرَّرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ الْمَنْزَلَ مَنْزِلُهُ ، سَمَّرَهُ أَوْ خَتَمَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ بِحَضْرَةِ شَاهِدِي عَدْلٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ مَعَ فَلَانٍ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَسَمِعَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ كَمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَقَضَى حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . حَكَاهُ عَنْهُمْ أَحْمَدُ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ ، فَكَانَ أَحْمَدُ يُنْكِرُ التَّهْجُمَ عَلَيْهِ ، وَيُسْتَتَدُّ عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ . / ١٧/١١ ط

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ عَلِمَ لَهُ مَكَانًا ، أَمَرَ بِالْهَجُومِ عَلَيْهِ ، فَيُبْعَثُ خَصْمَانَا أَوْ غُلَمَانَا لَمْ يَتْلَعُوا الْحُلْمَ ، وَثِقَاتٍ مِنَ النِّسَاءِ مَعَهُمْ ذَوُو عَدْلٍ مِنَ الرِّجَالِ ، فَيَدْخُلُ النِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانَ ، فَإِذَا حَصَلُوا فِي صَخْنِ الدَّارِ دَخَلَ الرِّجَالُ ، وَيُؤْمَرُ الْخَصْمَانُ بِالتَّقَشُّشِ ، وَيَتَفَقَّدُ (٣٢) النِّسَاءُ النِّسَاءَ ، فَإِنْ (٣٣) ظَفِرُوا بِهِ ، أَخَذُوهُ فَأَحْضَرُوهُ . وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى غَائِبٍ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ فِي غَيْرِ وِلَايَةِ الْقَاضِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْدَى عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ فِي وِلَايَتِهِ ، وَلَهُ فِي بَلَدِهِ خَلِيفَةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ ، وَكُتِبَ بِهِ إِلَى خَلِيفَتِهِ ، وَلَمْ يُحْضَرْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةً ، نَفَّذَهُ إِلَى خَصْمِهِ لِيُخَاصِمَهُ عِنْدَ خَلِيفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ (٣٤) فِيهِ خَلِيفَةٌ ، وَكَانَ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ، (٣٥) أَذِنَ لَهُ فِي الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ (٣٥) ، قِيلَ لَهُ : حَرِّزْ دَعْوَاكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ لَيْسَ بِحَقٍّ عِنْدَهُ ، كَالشُّفْعَةِ لِلجَارِ ، وَقِيمَةِ الْكَلْبِ ، أَوْ خَمْرِ الذَّمِّيِّ ، فَلَا يُكَلِّفُهُ الْحُضُورَ لِمَا لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ ، مَعَ الْمَشَقَّةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْحَاضِرِ ، فَإِنَّهُ لَا مَشَقَّةَ فِي حُضُورِهِ ، فَإِذَا تَحَرَّرْتُ ، بَعَثَ فَأَحْضَرَ خَصْمَهُ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « وَيَتَفَقَّدُونَ » .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « فَإِذَا » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥-٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

بَعْدَتِ الْمَسَافَةُ أَوْ قَرِبَتْ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو يوسف : إن كان يُمكنه أن يحضُرَ وَيَعُودَ فَيَأْوِي إلى مَوْضِعِهِ ، أَحْضَرَهُ ، وإلَّا لم يُحْضِرْهُ ، وَيُوجِبُهُ (٣٦) مَنْ يَحْكُمُ بينهما . وقيل : إن كانتِ الْمَسَافَةُ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، أَحْضَرَهُ ، وإلَّا فلا . ولنا ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ فَصْلِ الْخُصُومَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا لَمْ يُمكنْ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ ، فَعَلَّ ذَلِكَ ، كَالْوِامْتِنَاعِ مِنَ الْحُضُورِ ، فَإِنَّهُ يُودَّبُ وَيُعَزَّرُ ، وَلَئِنْ إلْحَاقَ الْمَشَقَّةِ بِهِ أَوَّلَى مِنَ إلْحَاقِهَا بِمَنْ يَنْفِذُهُ الْحَاكِمُ لِيَحْكَمَ بينهما . وإن كانتِ امْرَأَةٌ بَرَزَتْ ، لَمْ يُشْتَرَطْ فِي سَفَرِهَا هَذَا مَحْرَمٌ . نصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، وَحَقِّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الشُّعْ وَالضُّيْقِ .

١٨/١١ فصل : وإن استعذى على الحاكم المَعزُول ، لم يُعْده حتى يَعْرِفَ مَا يَدَّعِيهِ ، / فَيَسْأَلُهُ عَنْهُ ، صِيَانَةً لِلْقَاضِي عَنِ الْإِمْتِنَانِ . فإن ذكرَ أَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا مِنْ دِينٍ أَوْ غَضَبٍ ، أَعْدَاهُ عَلَيْهِ (٣٧) ، وَحَكَمَ بَيْنَهُمَا كَغَيْرِ الْقَاضِي . وكذلك إن ادَّعى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُ رِشْوَةً عَلَى الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ أَخْذَ الرِّشْوَةِ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ ، فَهِيَ كَالْغَضَبِ . وإن ادَّعى عَلَيْهِ الْجَوْرَ فِي الْحُكْمِ ، وَكَانَ لِلْمَدَّعِي بَيِّنَةٌ ، أَحْضَرَهُ ، وَحَكَمَ بِالْبَيِّنَةِ ، وإن لم يكنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُحْضِرْهُ ؛ لِأَنَّ فِي إْحْضَارِهِ وَسْؤَالَهُ إِمْتِنَانًا لَهُ ؛ وَأَعْدَاءُ الْقَاضِي كَثِيرٌ ، وَإِذَا فَعَلَ هَذَا مَعَهُ ، لَمْ يُؤْمَرْ إِلَّا بِالدُّخُلِ فِي الْقَضَاءِ أَحَدًا ، خَوْفًا مِنْ عَاقِبَتِهِ . والثَّانِي ، يُحْضِرْهُ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْتَرَفَ ، فَإِنْ حَضَرَ وَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي مَقْبُولٌ بَعْدَ الْعَزْلِ ، كَمَا يَقْبَلُ فِي وَلايَتِهِ . وإن ادَّعى عَلَيْهِ (٣٨) أَنَّهُ قَتَلَ ابْنَهُ ظُلْمًا ، فَهَلْ يَسْتَحْضِرْهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ ، فَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وإن ادَّعى أَنَّهُ أَخْرَجَ عَيْنًا مِنْ يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ لِلْمَحْكُومِ لَهَا ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وإن ادَّعى على شاهدين أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَيْهِ زُورًا ، أَحْضَرَهُمَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَا ، أَعْرَمَهُمَا ، وَإِنْ أَنْكَرَا ، وَلِلْمَدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا بِذَلِكَ ، فَأَقَامَهَا ، لِزِمَمِهِمَا ذَلِكَ ، وَإِنْ

(٣٦) م : « ويوجد » تحريف .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

(٣٨) سقط من : ب .

أَنْكَرَ لَمْ يُسْتَحْلَفَا ؛ لِأَنَّ إِخْلَافَهُمَا يُطَرِّقُ^(٣٩) عَلَيْهِمَا الدَّعَاوَى فِي الشَّهَادَةِ وَالِامْتِهَانِ ،
وَرُبَّمَا مَنَعَ ذَلِكَ إِقَامَةَ الشَّهَادَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

١٨٦٩ - مسألة ، قال : (وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ عَدَّلَهُ
أَثْنَانِ ، قَبِلَ شَهَادَتَهُ)

وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فإن عَرَفَهُمَا عَدْلَيْنِ ، حكمَ بشهادتهما ،
وإن عَرَفَهُمَا فَاسِقَيْنِ ، لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما ، سأل عنهما ؛ لأنَّ معرفة العدالة
شُرْطٌ فِي قَبُولِ / الشَّهَادَةِ بِجَمِيعِ الْحُقُوقِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، ومحمد .
وعن أحمد ، رواية أخرى : يَحْكُمُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا عَرَفَ إِسْلَامَهُمَا ، بظاهر الحال ، إلَّا
أن يقول الخصم : هما فاسقان . وهذا قول الحسن . والمال والحد في هذا سواء ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ
من المسلمين العدالة ، ولهذا قال عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى
بَعْضٍ^(١) . وروى ، أن أعرابياً جاء إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فشَهِدَ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ ، فقال له^(٢) النَّبِيُّ
ﷺ : « أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ؟ » . فقال : نعم . فقال : « أَتَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ
اللَّهِ ؟ » . قال : نعم : فصام ، وأمر الناس بالصَّيَامِ^(٣) . ولأنَّ العدالة أَمْرٌ خَفِيُّ ، سَبَّحُهَا
الْخَوْفُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ الْإِسْلَامُ ، فَإِذَا وَجَدَ ، فَلْيَكْتَفِ بِهِ ، مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى خِلَافِهِ
دَلِيلٌ . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفي سائر الحقوق كالثانية ؛
لأنَّ الحدود والقصاص مِمَّا يُخْتَاطُ لهُمَا^(٤) ، وَتَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِمَا^(٥) .
ولنا ، أنَّ العدالة شُرْطٌ ، فوجب العلم بها ، كالإسلام ، وكما^(٦) لو طعن الخصم فيهما .
فأمَّا الأعرابُ المسلم ، فإنه كان من أصحاب رسول الله ﷺ ، وَقَدْ ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُمْ بِنِزَائِ اللَّهِ

(٣٩) يطرق عليهما : يجز عليهما .

(١) تقدم ترجمته ، في : ١٩٣/١٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) تقدم ترجمته ، في : ٤١٧/٤ .

(٤) في ب ، م : « لها » .

(٥) في ب ، م : « غيرها » .

(٦) في ب ، م : « أو كما » .

تعالى عليهم ، فَإِنَّ مَنْ تَرَكَ دِينَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِيْشَارًا لِدِينِ الْإِسْلَامِ ، وَصَحَبَ^(٧) رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، ثَبَّتَ عَدَالَتَهُ . وَأَمَّا قَوْلُ عَمْرٍ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنَّ الظَّاهِرَ الْعَدَالَةَ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ فِي وُجُوبِ الْبَحْثِ وَمَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْعَدَالَةِ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَتَى بِشَاهِدَيْنِ ، فَقَالَ لِهَمَا^(٨) : لَسْتُ أَعْرِفُكُمَا ، وَلَا يَضُرُّكُمَا إِنْ لَمْ أَعْرِفْكُمَا ، جِئْتَا بَعْنَ يَعْرِفُكُمَا . فَأَتَيَا بِرَجُلٍ ، فَقَالَ لَهُ عَمْرٌ : تَعْرِفُهُمَا ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَ عَمْرٌ : صَحِبْتُهُمَا فِي السَّفَرِ الَّذِي تَبَيَّنَ فِيهِ جَوَاهِرُ النَّاسِ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : عَامَلْتُهُمَا فِي الدُّنَانِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ الَّتِي تُقَطَّعُ فِيهِمَا^(٩) الرَّحِمُ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : كُنْتُ جَارَهُمَا^(١٠) ؟ تَعْرِفُ صَبَاحَهُمَا وَمَسَاءَهُمَا ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : يَا ابْنَ أَخِي ، لَسْتُ تَعْرِفُهُمَا ، جِئْتَا بَعْنَ يَعْرِفُكُمَا^(١١) . / ١٩/١١

وهذا بحثٌ يدلُّ على أَنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِدُونِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ يُعْتَبَرُ فِيهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ الْإِسْلَامُ ، وَالْبُلُوغُ ، وَالْعَقْلُ ، وَالْعَدَالَةُ ، وَلَيْسَ فِيهَا مَا يَخْفَى وَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ إِلَّا الْعَدَالَةُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ عَنْهَا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الْشُّهَدَاءِ ﴾^(١٢) . وَلَا نَعْلَمُ أَنَّهُ مَرْضِيٌّ حَتَّى نَعْرِفَهُ ، أَوْ نُخْبَرَ عَنْهُ ، فَيَأْمُرُ الْحَاكِمُ بِكِتَابِ أَسْمَائِهِمْ ، وَكُنَاهِمِ ، وَنَسَبِهِمْ ، وَيَرْفَعُ^(١٣) فِيهَا بِمَا يَتَمَيَّزُونَ بِهِ عَنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَكْتُبُ صَنَائِعَهُمْ ، وَمَعَائِشَهُمْ ، وَمَوَاضِعَ مَسَاكِينِهِمْ ، وَصَلَاتِهِمْ ؛ لَيْسَأَلُ عَنْهُمْ^(١٤) جِيرَانَهُمْ ، وَأَهْلَ سُوْقِهِمْ ، وَمَسْجِدِهِمْ ، وَمَحَلَّتِهِمْ ، وَنَحْلَتِهِمْ^(١٥) ، فَيَكْتُبُ : أَسْوَدٌ أَوْ أَبْيَضٌ ، أَوْ أُنْزَعٌ أَوْ أَغَمٌ ، أَوْ أَشْهَلٌ أَوْ أَكْحَلٌ ، أَقْنَى الْأَنْفِ أَوْ أَفْطَسُ ، أَوْ رَقِيقُ الشَّفْتَيْنِ أَوْ غَلِيظُظُهُمَا ، طَوِيلٌ

(٧) في م : « وصحبة » .

(٨) في ب زيادة : « عمر » .

(٩) في ب ، م : « فيها » .

(١٠) في ب ، م : « جارا لهما » .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقدمة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٢٥/١٠ ، ١٢٦ ، والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ٤٥٤/٣ ، ٤٥٥ . وفيهما أنه شاهد واحد .

(١٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٣) في ب ، م : « ويرفعون » .

(١٤) في م : « عن » .

(١٥) لم يرد في : الأصل .

أو قصير أو رُبْعَة ، ونحو هذا ، لِيَتَمَيَّزَ ، وَلَا يَقَعُ اسْمٌ عَلَى اسْمٍ ، وَيَكْتَبُ اسْمَ الْمَشْهُودِ لَهُ
وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَقَدَرُ الْحَقِّ ، وَيَكْتَبُ ذَلِكَ كُلَّهُ لِأَصْحَابِ مَسَائِلِهِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ رُقْعَةٌ .
وإنَّمَا ذَكَرْنَا الْمَشْهُودَ لَهُ ، لِثَلَا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ قَرَابَةٌ تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، أَوْ شَرِكَةً ،
وَذَكَرْنَا اسْمَ^(١٦) الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِئَعَرَفَ لِثَلَا تَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ عَدَاوَةٌ ، وَذَكَرْنَا قَدَرَ
الْحَقِّ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا كَانَ مَمَّنْ يَرَوْنَ قَبُولَهُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ ، فَتَطْيِبُ نَفْسُ الْمُزَكَّى بِهِ إِذَا
كَانَ يَسِيرًا ، وَلَا تَطْيِبُ إِذَا كَانَ كَثِيرًا . وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُخْفِيَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ
أَصْحَابِ مَسَائِلِهِ مَا يُعْطَى الْآخَرُ مِنَ الرِّقَاجِ ؛ لِثَلَا يَتَوَاطَّعُوا . وَإِنْ شَاءَ الْحَاكِمُ عَيَّنَ
لِصَاحِبِ مَسَائِلِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ مَمَّنْ يَعْرِفُهُ ، مِنْ جَوَارِ الشَّاهِدِ ، وَأَهْلِ الْخَبَرَةِ بِهِ ، وَإِنْ شَاءَ
أَطْلَقَ ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْمَسْئُولَ ، وَيَكُونُ السُّؤَالُ سِرًّا ؛ لِثَلَا يَكُونَ فِيهِ هَتَكُ الْمَسْئُولِ عَنْهُ ، وَرِمَا
يَخَافُ الْمَسْئُولُ^(١٧) الشَّاهِدَ ، أَوْ^(١٨) الْمَشْهُودَ لَهُ ، أَوْ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ ، أَنْ يُخْبِرَ بِمَا عِنْدَهُ ، أَوْ
يَسْتَحْجِيَ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ غَيْرَ مَعْرُوفِينَ^(١٩) ؛ / لِثَلَا يَقْصِدُوا بِهَدْيَةٍ أَوْ
رِشْوَةٍ ، وَأَنْ يَكُونُوا أَصْحَابَ عَفَافٍ فِي الطَّعْمَةِ وَالْأَنْفُسِ ، ذَوِي عُقُولٍ وَافِرَةٍ ، أَبْرِيَاءَ مِنْ
^(٢٠) الشَّحْنَاءِ وَالْبَغْضَى^(٢١) ؛ لِثَلَا يَطْعَنُوا فِي الشُّهُودِ ، أَوْ يَسْأَلُوا عَنِ الشَّاهِدِ عَدُوَّةً فَيَطْعَنَ
فِيهِ ، فَيُضَيِّعُ حَقَّ الْمَشْهُودِ لَهُ ، وَلَا يَكُونُونَ^(٢٢) مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْعَصْبِيَّةِ ، يَمِيلُونَ إِلَى مَنْ
وَأَفْقَهُمْ عَلَى مَنْ خَالَفَهُمْ ، وَيَكُونُونَ أَمْنَاءَ ثِقَاتٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ أَمَانَةٍ . فَإِذَا رَجَعَ
أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ ، فَأَخْبَرَ اثْنَانِ بِالْعَدَالَةِ ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ، رَدَّ
شَهَادَتَهُ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْعَدَالَةِ ، وَالْآخَرُ بِالْجَرَحِ ، بَعَثَ آخَرَيْنِ ، فَإِنْ عَادَا فَأَخْبَرَ
بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَسَقَطَ الْجَرَحُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ لَمْ تَتِمَّ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ،
ثَبَّتَ وَرَدَّ الشَّهَادَةَ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْجَرَحِ وَالْآخَرُ بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتْ الْبَيِّنَتَانِ ، وَيُقَدَّمُ
الْجَرَحُ ، وَلَا يَقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ ، وَيَقْبَلُ قَوْلَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ . وَقِيلَ :

١٩/١١ ظ

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٨) في ١ ، ب ، م زيادة : « له » .

(١٩-١٩) في ب : « الشحنة والبغضة » .

(٢٠) في الأصل : « يكونوا » .

لا يَقْبَلُ إِلَّا شَهَادَةَ الْمَسْئُولِينَ ، وَيَكْلَفُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا بِالتَّزْكِيَةِ وَالْجَرَحِ عِنْدَهُ ، عَلَى شُرُوطٍ ^(٢١) الشَّهَادَةِ فِي اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تُقْبَلُ مِنْ صَاحِبِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، مَعَ حُضُورِ شُهُودِ الْأَصْلِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ شَهَادَةَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ شَهَادَةُ اسْتِفَاضَةٍ ، لَا شَهَادَةَ عَلَى شَهَادَةٍ ، فَيُكْتَفَى بِمَنْ يَشْهَدُ بِهَا ، كَسَائِرِ شَهَادَاتِ الاسْتِفَاضَةِ ؛ وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ^(٢٢) ، فَإِنَّهُ لَا ^(٢٣) يَلْزَمُ الْمُزَكِّيَ الْحُضُورَ لِلتَّزْكِيَةِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، فَصَارَ كَالْمَرِضِ وَالْغَيْبِيِّ فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ تُكْتَفِ بِشَهَادَةِ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ ، لَتَعَذَّرَتِ التَّزْكِيَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفِقُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي جِيرَانِ الشَّاهِدِ مَنْ يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، فَيَقُوتُ التَّعْدِيلُ وَالْجَرَحُ .

فصل : قال القاضي : ولابد من معرفة إسلام الشاهد ، ويحصل ذلك بأحد أربع أمور ؛ أحدها ، إخباره / عن نفسه أنه مسلم ، أو إثباته بكلمة الإسلام ، وهي شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله ؛ لأنه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك . الثاني ، اعتراف المشهود عليه بإسلامه ؛ لأن ذلك حق عليه . الثالث ، خبرة الحاكم ؛ لأننا اكتفينا بذلك في عدالته ، فكذلك في إسلامه . الرابع ، بيّنة تقوم به . ولابد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ، ويكفي في ذلك أحد أمور ثلاثة ؛ بيّنة ، أو اعتراف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكم . ولا يكفي اعتراف الشاهد ؛ لأنه لا يملك أن يصير حراً ، فلا يملك الإقرار به ، بخلاف الإسلام .

فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه : هو عدل . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يلزم الحاكم الحكم بشهادته ؛ لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه ، وقد اعترف بها ، ولأنه إذا أقر بعدالته ، فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه ، فيؤخذ بإقراره ، كسائر أقراريه . والثاني ، لا يجوز الحكم بشهادته ؛ لأن في الحكم بها تعديلاً له ، فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى الخصم أن ^(٢٣) يحكم عليه بقول فاسق ، لم يجوز الحكم به ، ولأنه لا يخلو ؛ إما أن

(٢١) ق ب : « شرط » .

(٢٢) - (٢٣) ق م : « فلا » .

(٢٣) ق ب ، م : « بأن » .

يُحْكَمُ عَلَيْهِ مَعَ تَعْدِيلِهِ ، أَوْ مَعَ انْتِفَائِهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ مَعَ تَعْدِيلِهِ ؛ ^(٢٤) لَأَنَّ التَّعْدِيلَ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ ، وَلَا يَجُوزُ مَعَ انْتِفَاءِ تَعْدِيلِهِ ^(٢٥) ؛ لَأَنَّ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ غَيْرِ الْعَدْلِ غَيْرُ جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ شَهَادَةِ مَنْ ظَهَرَ فَسْقُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، فَلَا يَثْبُتُ تَعْدِيلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَإِنَّمَا حُكِمَ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ بِوُجُودِ شَرْطِ ^(٢٥) الْحُكْمِ ، وَإِقْرَارِهِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِحَقِّ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، ثَبَّتَ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ .

١٨٧٠ - مسألة ، قال : (وَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ ، فَالْجَرَحَةُ ^(١) أُولَى)

وهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ . وقال مالكٌ : يُنْظَرُ أَيُّهُمَا أَعْدَلَ ؟ اللَّذَانِ جَرَّحَاهُ ، أَوِ اللَّذَانِ عَدَّلَاهُ ؟ فَيُؤْخَذُ بِقَوْلِ أَعْدِلَهُمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ الْجَارِحَ مَعَهُ زِيَادَةُ عِلْمٍ خَفِيفَتْ عَلَى الْمُعَدِّلِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ الرَّيِّ وَالْمَحَارِمِ ، وَالْجَارِحُ مُنْبِتٌ لَوْجُودِ ذَلِكَ ، وَالْإِثْبَاتُ مُقَدَّمٌ عَلَى النِّفْيِ ، وَلِأَنَّ الْجَارِحَ يَقُولُ : رَأَيْتُهُ يَفْعَلُ كَذَا . وَالْمُعَدِّلُ مُسْتَنَدُهُ أَنَّهُ لَمْ يَرَهُ يَفْعَلُ ، وَيُمْكِنُ صِدْقُهُمَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ قَوْلَيْهِمَا بِأَنْ يَرَاهُ الْجَارِحُ يَفْعَلُ الْمَعْصِيَةَ ، وَلَا يَرَاهُ الْمُعَدِّلُ ، فَيَكُونُ مَجْرُوحًا .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ . وهذا قال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، ومحمدُ ابنُ الحسنِ ، وابنُ المُنْذِرِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْ وَاحِدٍ . وهو اختيارُ أبي بكرٍ ، وقولُ أبي حنيفة ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَقِيلَ مِنْ وَاحِدٍ ، كَالرَّوَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتٌ صِفَةٍ مَنْ يَبْنِي الْحَاكِمُ حُكْمَهُ عَلَى صِفَتِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالْحَضَانَةِ ، وَفَارَقَ الرَّوَايَةَ ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّهَا لَا تَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرْحِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَيَقُولُ فِي التَّعْدِيلِ : أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدَلَ . وَيَكْفِي هَذَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : عَلَى وَلِي . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَبِهِ يَقُولُ شُرَيْحٌ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَمَالِكٌ ، وَبَعْضُ

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) في م : شروط .

(١) في م : فالجراحة .

الشَّافِعِيَّة . وقال أكثرهم : لَا يَكْفِيهِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَدْلٌ عَلَيَّ وَلِي . واختلَفُوا فِي تَعْلِيلِهِ ، فقال بعضهم : لئَلَّا تَكُونَ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ أَوْ قَرَابَةٌ . وقال بعضهم : لئَلَّا يَكُونَ عَدْلًا فِي شَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٢) فَإِذَا شَهِدَا أَنَّهُ عَدْلٌ ، ثَبَتَ ذَلِكَ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَيَدْخُلُ ذَلِكَ فِي عُمُومِ الْأَمْرِ ، وَلَئِنَّ ^(٣) إِذَا كَانَ عَدْلًا ، لَزِمَ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَفِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، وَفِي كُلِّ شَيْءٍ ، فَلَا يَخْتِجُ إِلَى ذِكْرِهِ . وَلَا يَصِحُّ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَكُونُ عَدْلًا فِي شَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ ، وَلَا فِي حَقِّ شَخْصٍ ^(٤) دُونَ شَخْصٍ ^(٥) ، فَإِنَّهَا لَا تُوصَفُ بِهَذَا ، وَلَا تَنْتَفِي أَيْضًا بِقَوْلِهِ : ^(٥) عَلَيَّ وَلِي . فَإِنْ مَنْ / ثَبَتَ ^(٦) عَدَالَتَهُ ، لَمْ تُزَلْ بِقَرَابَةٍ وَلَا عَدَاوَةٍ ، وَإِنَّمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِلتُّهْمَةِ مَعَ كَوْنِهِ عَدْلًا ، ثُمَّ إِنَّ هَذَا إِذَا كَانَ مَعْلُومًا انْتِفَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَخْتِجْ إِلَى ذِكْرِهِ وَلَا نَفْيِهِ عَنْ نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ بِالْحَقِّ مَنْ عَرَفَ الْحَاكِمَ عَدَالَتَهُ ، لَمْ يَخْتِجْ إِلَى أَنْ يَنْفِي عَنْ نَفْسِهِ ذَلِكَ ، وَلَئِنَّ الْعَدَاوَةَ لَا تَمْنَعُ مِنْ شَهَادَتِهِ لَهُ بِالتَّزْكِيَةِ ، وَإِنَّمَا تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا شَاهِدٌ لَهُ بِالتَّزْكِيَةِ وَالْعَدَالَةِ ، فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى نَفْيِ الْعَدَاوَةِ .

فصل : وَلَا يَكْفِي أَنْ يَقُولَ : لَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّا الْخَيْرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَكْفِي ؛ لَئِنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ بِهِ ^(٧) ، وَلَا يَعْلَمُ إِلَّا الْخَيْرَ ، فَهُوَ عَدْلٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُصَرَّحْ بِالتَّعْدِيلِ ، فَلَمْ يَكُنْ تَعْدِيلًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْلَمُ مِنْهُ خَيْرًا . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْجَاهِلَ بِحَالِ أَهْلِ الْفِسْقِ ، لَا يَعْلَمُ مِنْهُمْ إِلَّا الْخَيْرَ ، لَئِنَّهُ يَعْلَمُ إِسْلَامَهُمْ ، وَهُوَ خَيْرٌ ، وَلَا يَعْلَمُ مِنْهُمْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهُمْ ^(٨) غَيْرُ عَدُولٍ ^(٩) .

فصل : قَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يُقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، وَالْمَعْرِفَةِ

(٢) سورة الطلاق ٢ .

(٣) سقطت الواو من : ا ، م .

(٤ - ٥) سقط من : الأصل .

(٥) في م زيادة : « عدل » .

(٦) في الأصل : « ثبت » .

(٧) سقط من : الأصل .

الْمُتْقَادِمَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِحَبْرِ عَمَرَ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ ^(٨) ، وَلأنَّ عَادَةَ النَّاسِ إِظْهَارُ الطَّاعَاتِ ^(٩) ، وَإِسْرَارُ الْمَعَاصِي ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَا خَبْرَةٍ بَاطِنَةٍ ، فَرُبَّمَا اغْتَرَّ ^(١٠) بِحُسْنِ ظَاهِرِهِ ، وَهُوَ فَاسِقٌ فِي الْبَاطِنِ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا بِهِ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمُعَدَّلَ لَا خَبْرَةَ لَهُ ، لَمْ يَقْبَلْ شَهَادَتَهُ بِالتَّعْدِيلِ ، كَمَا فَعَلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُعَدَّلِ الشَّهَادَةُ بِالْعَدَالَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ خَبْرَةٌ بَاطِنَةٌ . فَأَمَّا الْحَاكِمُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ الْعَدْلُ بِالتَّعْدِيلِ ، وَلَمْ يَعْرِفْ حَقِيقَةَ الْحَالِ ، فَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةَ مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ ، وَإِنْ اسْتَكْشَفَ الْحَالِ ، كَمَا فَعَلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَلَا بَأْسَ .

فصل : وَلَا يُسْمَعُ الْجَرْحُ إِلَّا مُفسَّرًا ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّنِي رَأَيْتُهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ / ، أَوْ يُعَامِلُ بِالرُّبَا ، أَوْ يَظْلِمُ النَّاسَ بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ أَوْ ضَرْبِهِمْ ، أَوْ سَمِعْتُهُ يَقْذِفُ : أَوْ يَعْلَمُ ذَلِكَ بِاسْتِفَاضَتِهِ ^(١١) فِي النَّاسِ . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ وَتَعْيِينِهِ . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّارٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقْبَلُ الْجَرْحُ الْمُطْلَقُ ، وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ فَاسِقٌ ، أَوْ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يُسْمَعُ مُطْلَقًا ؛ فَكَذَلِكَ الْجَرْحُ ، وَلأنَّ التَّصْرِيحَ بِالسَّبَبِ يَجْعَلُ الْجَارِحَ فَاسِقًا ، وَيُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِي بَعْضِ الْحَالَاتِ ، وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّنَى ، فَيُفْضَى الْجَرْحُ إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَتَبْطُلُ شَهَادَتُهُ ، وَلَا يَتَجَرَّحُ بِهَا الْمَجْرُوحُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي أَسْبَابِ الْجَرْحِ ، كَاخْتِلَافِهِمْ فِي شَارِبِ النَّبِيذِ ، فَجَوَّبَ أَنْ لَا يَقْبَلَ مُجَرَّدُ الْجَرْحِ ، لَعَلَّا يَجْرَحُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْقَاضِي جَرْحًا ؛ وَلأنَّ الْجَرْحَ يَنْقُلُ عَنِ الْأَصْلِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَالْجَرْحُ يَنْقُلُ عَنْهَا ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَعْرِفَ النَّاقِلُ ، لَعَلَّا يُعْتَقَدَ نَقْلُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ نَاقِلًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَإِجَابِ الْحَدِّ عَلَيْهِ . قُلْنَا : لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّعْرِيضُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَفِي بَيَانِ السَّبَبِ هُنَاكَ الْمَجْرُوحُ . قُلْنَا : لَا بُدَّ مِنْ هُنَاكَ ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالْفِسْقِ

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤ .

(٩) في م : « الصالحات » .

(١٠) في ب : « اعتبر » .

(١١) في الأصل : « باستفاضة » .

هتَكَ له . ولكن جاز ذلك لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، كما جازت الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِهِ ^(١٢) لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، بل هُنَا أَوَّلَى ؛ فَإِنَّ فِيهِ دَفْعَ الظُّلْمِ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ حَقُّ آدَمِيٍّ ، فَكَانَ أَوَّلَى بِالْجَوَازِ ، وَلَئِنْ هَتَكَ غِرْضُهُ بِسَبَبِهِ ، لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلشَّهَادَةِ مَعَ ارْتِكَابِهِ مَا يُوجِبُ جَرْحَهُ ، فَكَانَ هُوَ الْهَاتِكُ لِنَفْسِهِ ، إِذْ كَانَ فِعْلُهُ هُوَ الْمُخَوِّجُ لِلنَّاسِ إِلَى جَرْحِهِ . فَإِنْ صَرَّحَ الْجَارِحُ بِقَدْفِهِ بِالزَّرْنِيِّ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِتَمَامِ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

٢٢/١١ وقال الشَّافِعِيُّ : لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِذْ خَالَ / الْمَعْرَةَ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(١٤) . الْآيَةُ . وَلَئِنْ أَبَا بَكْرَةَ وَرَفِيقَهُ شَهِدُوا عَلَى الْمَغِيرَةِ بِالزَّرْنِيِّ ، وَلَمْ يُكْمِلْ زِيَادَ شَهَادَتِهِ ، فَجَلَدَهُمْ عَمْرُ حَدِّ الْقَذْفِ بِمَخْضَرِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ^(١٥) . وَيُطْلَقُ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بِإِقَامَةِ ^(١٦) الْحَدِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً ، أَنَّ هَذَيْنِ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِهَذَا الْحَقِّ عِنْدَ حَاكِمٍ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا الْفِسْقَ لِهَاتِيهِمَا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِذَا رُدَّتْ لِفِسْقٍ ، لَمْ تُقْبَلْ مَرَّةً ثَانِيَةً .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ مِنَ النِّسَاءِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ ^(١٧) . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ ^(١٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ الرَّوَايَةَ ، وَأَخْبَارَ الدِّيَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيُطْلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ فِي الْقِصَاصِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ مُسَلِّمٍ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ مِنَ الْخَصْمِ . بِلَا خِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ . فَلَوْ قَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : هَذَانِ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَدَوَانِ لِي ، أَوْ آبَاءٌ لِلْمَشْهُودِ لَهُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي قَوْلِهِ ،

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٨٤/١١ .

(١٦) في ب ، م : « لِإِقَامَةِ » .

(١٧-١٨) سقط من : ب ، م .

وَيَشْهَدُ بِمَا يَجُرُّ إِلَيْهِ نَفْعًا ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ لِنَفْسِهِ ، وَلَوْ قَبَلْنَا قَوْلَهُ ، لَمْ يَشَأْ أَحَدٌ أَنْ يُبْطَلَ شَهَادَةُ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا أَبْطَلَهَا ، فَتَضَيَّعَ الْحَقُوقُ ، وَتَذَهَبَ حَكْمَةُ شَرْعِ الْبَيِّنَةِ .

فصل : لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُتَوَسِّمِينَ ، وَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ مُسَافِرَانِ ، فَشَهِدَا عِنْدَ حَاكِمٍ لَا يَعْرِفُهُمَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يَقْبَلُهُمَا إِذَا رَأَى فِيهِمَا سَيِّمًا خَيْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَالَتِهِمَا ، فِي التَّوَقُّفِ ^(١٨) عَنْ قُبُولِهِمَا تَضْيِيعُ الْحَقُوقِ ، فَوَجِبَ الرُّجُوعُ فِيهِمَا إِلَى السَّيِّمَاءِ الْجَمِيلَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَدَالَتَهُمَا مَجْهُولَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ / الْحَكْمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، كَشَاهِدَي الْحَضَرِ . وَمَا ذَكَرَهُ ^(١٩) مُعَارِضٌ بِأَنْ قَبُولَ شَهَادَتِهِمَا يُفْضِي إِلَى أَنْ يُقْضَى بِشَهَادَتِهِمَا بِدَفْعِ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : يُنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنْ شُھُودِهِ كُلِّ قَلِيلٍ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ يَنْتَقِلُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ . وَهَلْ هَذَا مُسْتَحَبٌّ أَوْ وَاجِبٌ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُسْتَحَبٌّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، فَلَا يَزُولُ حَتَّى يَثْبُتَ الْجَرُّحُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ الْبَحْثُ كُلَّمَا مَضَتْ مُدَّةٌ يَتَغَيَّرُ الْحَالُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ يَحْدُثُ ، وَذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجْهَانِ ، مِثْلَ هَذَيْنِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُرْتَّبَ شُھُودًا لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . وَلَئِنْ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْوَقَائِعِ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ فِيهَا تَقَعُ عِنْدَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، فَمَتَى ادَّعَى إِنْسَانٌ شَهَادَةَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، وَجَبَ عَلَى الْحَاكِمِ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ ، وَالنَّظَرُ فِي عَدَالَةِ شَاهِدِيهِ ، وَلَا يَجُوزُ رَدُّهُمْ بِكَوْنِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ وَالْإِجْمَاعَ ، لَكِنْ لَهُ أَنْ يُرْتَّبَ شُھُودًا يُشْهَدُهُمُ النَّاسُ ، فَيَسْتَعْنُونَ بِأَشْهَادِهِمْ عَنْ تَعْدِيلِهِمْ ، وَيَسْتَعْنِي الْحَاكِمُ عَنِ الْكَشْفِ عَنْ أَحْوَالِهِمْ ، فَيَكُونُ فِيهِ تَخْفِيفٌ مِنْ وَجْهِ ، وَيَكُونُونَ أَيْضًا يُزَكُّونَ مَنْ عَرَفُوا عَدَالَتَهُ مِنْ غَيْرِهِمْ إِذَا شَهِدَ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعِطَّ الشَّاهِدَيْنِ ، كَمَا رَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِلشَّاهِدَيْنِ إِذَا

(١٨) فِي ب : : التَّوْقِفُ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، م : : ذَكَرَهُ .

حَضَرَا : يَا هَذَانِ ، أَلَا تَرَيَانِ ؟ إِنِّي لَمْ أَذْغُكُمْ ، وَلَسْتُ أَمْنَعُكُمْ أَنْ تَرْجِعَا ، وَإِنَّمَا يَقْضَى عَلَى هَذَا أَنتُمَا ، وَأَنَا مُتَّقٍ ^(٢٠) بِكُمْ ، فَاتَّقِيَا . وَفِي لَفْظٍ : وَإِنِّي بِكُمْ أَقْضِي الْيَوْمَ ، وَبِكُمَا أَتَقَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ ^(٢١) . وَرَوَى أَبُو حَنِيفَةَ ، قَالَ : كُنْتُ عِنْدَ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ ^(٢٢) ، وَهُوَ قَاضِي / الْكُوفَةِ ، فَجَاءَ رَجُلٌ ، فَادَّعَى ^(٢٣) عَلَى رَجُلٍ حَقًّا ، فَأَنْكَرَهُ ، فَأَحْضَرَ الْمُدَّعَى شَاهِدَيْنِ ، فَشَهِدَا لَهُ ، فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : وَالَّذِي بِهِ تَقُومُ السَّمَاءُ وَالْأَرْضُ لَقَدْ كَذَبَا عَلَيَّ فِي الشَّهَادَةِ . وَكَانَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ مُتَكَبِّرًا فَاسْتَوَى جَالِسًا ، وَقَالَ : سَمِعْتُ ابْنَ عَمْرِو يَقُولُ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفُقُ بِأَجْنِحَتَيْهَا ، وَتَرْمِي مَا فِي حَوَاصِلِهَا » ^(٢٤) ، مِنْ هَؤُلَاءِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، وَإِنْ شَاهَدَ الزُّورُ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ ^(٢٥) » ^(٢٦) . فَإِنْ صَدَقْتُمَا فَاتَّبِعْنَا ، وَإِنْ كَذَبْتُمَا فَعَطَّيَا رُءُوسَكُمَا وَانْصَرَفَا . فَعَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَانْصَرَفَا ^(٢٧) .

١٨٧١ - مسألة ، قال : (وَيَكُونُ كَاتِبُهُ عَدْلًا ، وَكَذَلِكَ قَاسِمُهُ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَكْتَبَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، وَغَيْرَهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ تَكْثُرُ أَشْغَالُهُ وَتَنْظَرُهُ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَوَلَّى الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِنْ أَمَكَّنَهُ تَوَلَّى الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، جَازَ ، وَالِاسْتِنَابَةُ فِيهِ أَوْلَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَنْيَبَ فِي ذَلِكَ إِلَّا عَدْلًا ؛

(٢٠) في م : معتق .

(٢١) انظر أخبار القضاة ٢/٢٥٤، ٢٥٥، ٢٩١، ٢٩٦، ٢٩٩، ٣١٦، ٣٦٣، ٣٩٢ .

(٢٢) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي ، كان ثقة حجة ، توفي سنة ست عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٢١٧/٥ - ٢١٩ .

(٢٣) في ب : وادعى .

(٢٤) في م : حوصلتها .

(٢٥) في ب : في .

(٢٦) أخرج حديث : « إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفُقُ ... » . البيهقي ، في : باب وعظ القاضي الشهود ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٢٢ . وأخرج حديث : « إِنَّ شَاهِدَ الزُّورِ ... » . ابن ماجه ، في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والحاكم ، في : باب ظهور شهادة الزور من أشرط الساعة . من كتاب الأحكام . المستدرک ٤/٩٨ . والبيهقي ، في الموضع السابق . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ٤/١٢٣ . (٢٧) ذكر الذهبی القصه ، عن عبد الملك بن عمير ، وليس عن أبي حنيفة . سير أعلام النبلاء ٥/٢١٨ .

لأنَّ الكتابةَ موضعُ أمانةٍ . ويُستحبُّ أن يكونَ فقيهاً ؛ ليعرفَ مواقعَ الألفاظِ التي تتعلقُ بها الأحكامُ ، ويُفرِّقَ بينَ الجائزِ والواجبِ ، وينبغي أن يكونَ وافرَ العقلِ ، ورِعاً ، نزيهاً ؛ لئلاَّ يُستمالَ بالطَّمعِ ، ويكونَ مسلماً ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ۖ ﴾ ^(١) . ويروى أنَّ أبا موسى قَدِمَ على عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، ومعه كاتبٌ نصرانيٌّ ، فأخضرَ أبو موسى شيئاً من مَكْتُوباتِهِ عندَ عمرَ ، فاستحسنه ، وقال : قُلْ لَكَاتِبِكَ يَجِيءُ ، فيقرأُ كتابَه . قال : إنَّه لا يَدْخُلُ المسجدَ . قال : ولِمَ ؟ . قال : إنَّه نصرانيٌّ . فأنتهرَه عمرُ ، وقال : لا تَأْتِمُنُوهُمْ وقد حَوَّثَهُم اللهُ تعالى ، ولا تُقَرِّبُوهُمْ وقد أبعدهم اللهُ تعالى ، ولا تُعزُّوهُمْ وقد أذلَّهُم اللهُ تعالى ^(٢) . ولأنَّ الإسلامَ من شروطِ ^(٣) العدالةِ / ، والعدالةُ شرطُ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : في اشتراطِ عدالتهِ وإسلامِهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، تُشترطُ ؛ لما ذكرنا . والثاني ، لا تُشترطُ ؛ لأنَّ ما يكتنبه لا بُدَّ من وقوفِ القاضي عليه ، فتؤمِّنُ الخيانةُ فيه . ويُستحبُّ أن يكونَ جيِّدَ الحِطِّ ؛ لأنَّه أكملُ . وأن يكونَ حرّاً ؛ ليُخرُجَ ^(٤) من الخلافِ . وإن كان عبداً ، جازَ ؛ لأنَّ شهادةَ العبدِ جائزةٌ . ويكونُ القاسِمُ على الصِّفَةِ التي ذكرنا في الكاتبِ ، ولا بُدَّ من كونه حاسباً ؛ لأنَّه عمَلُهُ ، وبه يَقْسِمُ ، فهو كالْحِطِّ للكاتبِ والفقيهِ للحاكمِ . ويُستحبُّ للحاكمِ أن يجلسَ كاتبه بين يديه ؛ ليُشاهدَ ما يكتنبه ، ويُشافهَه بما يُملَى عليه ، وإن جلسَ ^(٥) ناحيةً ، جازَ ؛ لأنَّ المقصودَ يحصلُ ، فإنَّ ما يكتنبه يُعرضُ على الحاكمِ ، فيستبْرِئُه .

فصل : وإذا تراءفَ ^(٦) إلى الحاكمِ خصمان ، فأقرَّ أحدهما لصاحبه ، فقال المُقرُّ له للحاكمِ : أشهَدُ لي على إقرارِهِ شاهِدَيْنِ . لَزِمَه ذلك ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يحكمُ بعِلْمِهِ ، فربَّما جحدَ المُقرُّ ، فلا يُمكنُه الحكمُ عليه بعِلْمِهِ ^(٧) ، ولو كان يحكمُ بعِلْمِهِ احتَمَلَ أن ينسى ،

(١) سورة آل عمران ١١٨ .

(٢) تقدم تخريجُه ، في : ٢٤٦/١٣ .

(٣) في الأصل : « شرط » .

(٤) في الأصل ، م : « يخرج » .

(٥) في ب ، م : « قعد » .

(٦) في ب : « رفع » .

(٧) سقط من : ب .

فإنَّ الإنسانَ عُرْضَةُ النَّسِيَانِ ، فلا يُمكنُهُ الحكمُ بإقرارِهِ . وإنْ ثَبَتَ عِنْدَهُ حَقٌّ بِنُكُولِ
 الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، أَوْ بَيِّمِينَ الْمُدَّعَى بَعْدَ التَّكْوِيلِ ، فَسَأَلَهُ الْمُدَّعَى أَنْ يُشْهِدَ عَلَى نَفْسِهِ ،
 لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُجَّةَ لِلْمُدَّعَى سِوَى الْإِشْهَادِ ، وَإِنْ ثَبَتَ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ فَسَأَلَهُ الْإِشْهَادَ ، فَفِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ بِالْحَقِّ بَيِّنَةٌ ، فَلَا يَجِبُ جَعْلُ بَيِّنَةٍ أُخْرَى . وَالثَّانِي ،
 يَجِبُ ؛ لِأَنَّ فِي الْإِشْهَادِ ^(٨) فَائِدَةً جَدِيدَةً ، وَهِيَ إِثْبَاتُ تَعْدِيلِ بَيِّنَتِهِ ، وَالرَّامُ خَصْمِهِ . وَإِنْ
 حَلَفَ الْمُتَنَكِّرُ ، وَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْإِشْهَادَ عَلَى بَرَاءَتِهِ ، لَزِمَهُ ؛ لِيَكُونَ حُجَّةً لَهُ فِي سَقُوطِ
 الْمُطَالَبَةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا سَأَلَهُ / أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، فَفِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ لَهُ ، فَهُوَ كَالْإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ رُبَّمَا
 نَسِيََا الشَّهَادَةَ ، أَوْ نَسِيََا الْخَصْمَيْنِ ، فَلَا يُذَكِّرُهُمَا إِلَّا رُؤْيُ ^(٩) حَظَّتِيهِمَا . وَالثَّانِي ، لَا
 يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ يَكْفِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ تَكْثُرُ عَلَيْهِمْ ^(١٠) الشَّهَادَاتُ ،
 وَيَطُولُ عَلَيْهِمُ الْأَمَدُ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمَا لَا يَتَحَقَّقَانِ الشَّهَادَةَ تَحَقُّقًا يَحْصُلُ بِهِ أَدَاؤُهَا ، فَلَا
 يَتَّقِدُ إِلَّا بِالْكِتَابِ . فَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا ، فَصَفَتْهُ : حَضَرَ الْقَاضِيُ فُلَانُ بْنُ
 فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، قَاضِيُ عَبْدِ اللَّهِ الْإِمَامِ فُلَانٍ ، عَلَى كَذَا وَكَذَا . وَإِنْ كَانَ خَلِيفَةُ الْقَاضِيِ قَالَ :
 خَلِيفَةُ الْقَاضِيِ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ^(١١) ، قَاضِيُ الْإِمَامِ بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَإِنْ
 كَانَ يَعْرِفُ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِأَسْمَائِهِمَا وَأَنْسَابِهِمَا ، قَالَ : فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ،
 وَأَحْضَرَ مَعَهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا حَتَّى يَتَمَيَّزَا ^(١٢) . وَيُسْتَحَبُّ ذِكْرُ
 حِلْيَتِهِمَا ، وَإِنْ أخلَّ بِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ نَسَبِهِمَا إِذَا رَفَعَ فِيهِ أَغْنَى عَنْ ذِكْرِ الْحِلْيَةِ . وَإِنْ
 كَانَ الْحَاكِمُ لَا يَعْرِفُ الْخَصْمَيْنِ ، قَالَ : مُدَّعٍ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، وَأَحْضَرَ
 مَعَهُ مُدَّعَى عَلَيْهِ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا ، وَيَذَكُرُ حِلْيَتَهُمَا ؛ لِأَنَّ
 الْإِعْتِمَادَ عَلَيْهَا ، فَرُبَّمَا اسْتَعَارَ النَّسَبَ . وَيَقُولُ : أَعْمُ ، أَوْ أَنْزَعُ . وَيَذَكُرُ صِفَةَ الْعَيْنَيْنِ
 وَالْأَثْنِ وَالْقَمِّ وَالْحَاجِبَيْنِ ، وَاللَّوْنَ وَالطَّوْلَ وَالْقَصَرَ . مَا دَعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأَقْرَأَ لَهُ . وَلَا

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الشَّهَادَةُ » .

(٩) فِي ب ، م : « ذَوَى » .

(١٠) فِي م : « عَلَيْهِمَا » .

(١١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « عَبْدُ اللَّهِ » .

(١٢) فِي م : « يَتَمَيَّزُ » .

يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ . لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَصِحُّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ . وَإِنْ كَتَبَ أَنَّهُ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ شَاهِدَانِ ، كَانَ أَوْ كَدَ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ عَلَى رَأْسِ الْمَحْضَرِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ . أَوْ مَا أَحَبَّ مِنْ ذَلِكَ . فَأَمَّا / إِنْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَشَهِدَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، قَالَ : فَأَدَّعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأَنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَاكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَأَحْضَرَهَا ، وَسَأَلَ الْحَاكِمُ سَمَاعَهَا فَفَعَلَ ، وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، فَأَجَابَهُ إِلَيْهِ ، وَذَلِكَ فِي وَقْتٍ كَذَا . وَيَحْتَاجُ هَهُنَا أَنْ يَذْكُرَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَالْإِقْرَارُ بِخِلَافِهِ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ فِي آخِرِ الْمَحْضَرِ : شَهِدَا عِنْدِي بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُدَّعَى كِتَابٌ فِيهِ خَطُّ الشَّاهِدِ كَتَبَ تَحْتَهُ (١٣) خَطوطَهُمَا أَوْ تَحْتِ خَطِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : شَهِدَ عِنْدِي بِذَلِكَ . وَيَكْتُبُ عَلَامَتَهُ فِي رَأْسِ الْمَحْضَرِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ دُونَ الْمَحْضَرِ ، جَازَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، فَاسْتَحْلَفَ الْمُنْكَرَ ، ثُمَّ سَأَلَ الْمُنْكَرَ الْحَاكِمَ مَحْضَرًا ثَلَاثًا يَخْلِفُ فِي ذَلِكَ ثَانِيًا ، كَتَبَ لَهُ مِثْلَ مَا تَقَدَّمَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ : فَأَنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَاكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَقَالَ : لَكَ يَمِينُهُ . فَسَأَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ ، فَاسْتَحْلَفَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ ، فِي وَقْتٍ كَذَا وَكَذَا . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ تَخْلِيفِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْلَافَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَيُعْلَمُ فِي أَوَّلِهِ خَاصَّةً . وَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، قَالَ : فَعَرَضَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَتَكَلَّ عَنْهَا ، فَسَأَلَ خَصْمَهُ الْحَاكِمَ أَنْ يَقْضِيَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ ، فَقَضَى عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ كَذَا . وَيُعْلَمُ فِي آخِرِهِ ، وَيَذْكُرُ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَهَذِهِ صِفَةُ الْمَحْضَرِ . فَأَمَّا إِنْ سَأَلَ صَاحِبَ الْحَقِّ الْحَاكِمَ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِمَا ثَبَتَ فِي الْمَحْضَرِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِهِ ، وَيُنْفِذَهُ ، فَيَقُولُ : حَكَمْتُ لَهُ بِهِ ، أَلَزَمْتُهُ الْحَقَّ ، أَنْفَذْتُ الْحُكْمَ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ (١٤) أَنْ يَشْهَدَ لَهُ عَلَى حُكْمِهِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، لِتَحْصُلِ لَهُ الْوَثِيقَةُ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ أَنْ يُسَجَّلَ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ فِي الْمَحْضَرِ / وَيَشْهَدَ عَلَى إِنْفَاقِهِ ، سَجَّلَ لَهُ . وَفِي وُجُوبِ ذَلِكَ ، الْوَجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي الْمَحْضَرِ . وَهَذِهِ صُورَةُ السَّجْلِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَشْهَدُ عَلَيْهِ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « طلبه » .

القاضي فلان بن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام ، على كذا وكذا في مجلس حُكْمِهِ وقضائِهِ ، في موضع كذا وكذا ، في وقت كذا وكذا ، أَنَّهُ ثَبِتَ عِنْدَهُ ^(١٥) بِشَهَادَةِ فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَنَسَبِهِمَا ، وَقَدْ عَرَفَهُمَا بِمَا سَأَلَ بِهِ قَبُولُ شَهَادَتِهِمَا عِنْدَهُ بِمَا ^(١٦) فِي كِتَابِ نُسَخَتِهِ ^(١٧) . وَنَسَخَ الْكِتَابَ إِنْ كَانَ مَعَهُ ، أَوِ الْمَحْضَرَّ فِي أَيِّ حُكْمٍ كَانَ ، فَإِذَا فَرَغَ مِنْهُ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَحُكِّمَ بِهِ ، فَأَنْفَذَهُ ^(١٨) وَأَمْضَاهُ ، بَعْدَ أَنْ سَأَلَهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ ، أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِهِ . وَلَا يَحْتَاجُ أَنْ يَذْكُرَ أَنَّهُ بِمَحْضَرِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ جَائِزٌ ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَذْكُرَهُ اخْتِيَاظًا ، قَالَ : بَعْدَ أَنْ حَضَرَهُ مَنْ سَأَلَ لَهُ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ بِالسَّجْلِ وَالْمَحْضَرِ نُسَخَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَكُونُ فِي يَدِ صَاحِبِ الْحَقِّ . وَالْأُخْرَى ، تَكُونُ فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ إِحْدَاهُمَا نَابَتِ الْأُخْرَى عَنْهَا ، وَتُخْتَمُ الَّتِي ^(١٩) فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ ، وَيَكْتُبُ عَلَى طَيْهِ ^(٢٠) : سَجِلُ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ ، أَوْ مَحْضَرُ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ ، أَوْ وَثِيقَةُ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ . فَإِنْ كَثُرَ مَا عِنْدَهُ جَمَعَ مَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ أَوْ شَهْرٍ ، عَلَى قَدَرِ كَثَرَتِهَا أَوْ قَلَّتِهَا ^(٢١) ، وَشَدَّهَا إِضْبَارَةً ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهَا : أُسْبُوعُ كَذَا ، مِنْ شَهْرِ كَذَا ، مِنْ سَنَةِ كَذَا . ثُمَّ يَضُمُّ مَا يَجْتَمِعُ فِي السَّنَةِ ، وَيَدْعُهَا نَاحِيَةً ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهَا : كُتِبَ سَنَةُ كَذَا . حَتَّى إِذَا حَضَرَ مَنْ يَطْلُبُ شَيْئًا مِنْهَا ، سَأَلَهُ ^(٢٢) عَنِ السَّنَةِ ، فَيُخْرِجُ كُتِبَ تِلْكَ السَّنَةِ ، وَيَسْهُلُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَلَّى جَمْعَهَا وَشَدَّهَا بِنَفْسِهِ ؛ لِئَلَّا يُزَوَّرَ / عَلَيْهِ ، فَإِنْ تَوَلَّى ذَلِكَ ثِقَةً مِنْ ثِقَاتِهِ ، جَازَ .

فصل : وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ بِرَسْمِ الْكَاعِدِ الَّذِي يُكْتُبُ فِيهِ الْمَحَاضِرُ وَالسَّجَلَاتُ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ ، فَإِنَّهُ يُحْفَظُ بِهِ الْوَثَائِقُ ، وَيُذَكَّرُ الْحَاكِمَ حُكْمَهُ ،

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « عِنْدِي » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(١٧) فِي م : « نَسَخَةٌ » .

(١٨) فِي ب : « وَأَنْفَذَهُ » .

(١٩) فِي ب ، م : « الَّذِي » .

(٢٠) فِي ب : « طَيْتِهِ » .

(٢١) فِي ب ، م : « وَقَلَّتِهَا » .

(٢٢) فِي م : « سَامَ » .

والشَّاهِدَ شَهَادَتَهُ ، وَيُرْجَعُ بِالذَّرِكِ عَلَى مَنْ رَجَعَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَعْوَزَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ الْحَاكِمُ ذَلِكَ ، وَيَقُولُ لِمَا حَبِيَ الْحَقُّ : إِنْ شِئْتَ جِئْتُ بِكَاغِدٍ ، أَكْتُبُ لَكَ فِيهِ ، فَإِنَّهُ حُجَّةٌ لَكَ ، وَلَسْتُ أَكْرِهُكَ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا ارْتَفَعَ إِلَيْهِ خَصْمَانِ ، فَذَكَرَ أَحَدُهُمَا أَنَّ حُجَّتَهُ فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ ، فَأَخْرَجَهَا الْحَاكِمُ مِنْ دِيْوَانِهِ ، فَوَجَدَهَا مَكْتُوبَةً بِخَطِّهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، وَفِيهَا حُكْمُهُ ، فَإِنْ ذَكَرَ ذَلِكَ ، حَكَمَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، لَمْ يَحْكَمْ بِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي الشَّهَادَةِ ، قَالَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَحْكُمُ بِهِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَهَذَا الَّذِي رَأَيْتُهُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي قِمَطَرِهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، لَمْ يَحْتَمِلْ أَنْ يَكُونَ إِلَّا صَحِيحًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ حُكْمُ حَاكِمٍ لَمْ يَعْلَمْهُ ، فَلَمْ يَجْزُ إِتْفَاذُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، كَحُكْمٍ غَيْرِهِ ، وَلَئِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّرَ عَلَيْهِ وَعَلَى خَتْمِهِ ، وَالْحَطُّ يُشْبِهُ الْحَطَّ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ وَجَدَ فِي دَفْتَرِ أَبِيهِ حَقًّا عَلَى إِنْسَانٍ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ ، وَيُخْلِفَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : هَذَا يُخَالِفُ الْحُكْمَ وَالشَّهَادَةَ ، بِدَلِيلِ الْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ بِخَطِّ أَبِيهِ شَهَادَةً ، لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَحْكَمْ بِهَا ، وَلَا يَشْهَدَ بِهَا ، وَلَوْ وَجَدَ حُكْمَ أَبِيهِ مَكْتُوبًا بِخَطِّهِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ إِتْفَاذُهُ ، وَلَئِنَّهُ يُمَكِّنُهُ الرَّجُوعُ فِيمَا حَكَمَ بِهِ ^(٢٣) إِلَى نَفْسِهِ ، لِأَنَّهُ فَعُلَ نَفْسِهِ ، فَرُوعَى ذَلِكَ . وَأَمَّا مَا كَتَبَهُ أَبُوهُ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ الرَّجُوعُ فِيهِ ^(٢٤) إِلَى نَفْسِهِ ، فَيَكْفِي ^(٢٥) فِيهِ / الظَّنُّ .

و ٢٦/١١

فصل : فَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى الْحَاكِمِ ، أَنَّكَ حَكَمْتَ لِي بِهَذَا الْحَقِّ عَلَى تَخْصُمِي . فَذَكَرَ ^(٢٦) الْحَاكِمُ حُكْمَهُ ، أَمْضَاهُ ، وَأَلْزَمَ تَخْصُمَهُ مَا حَكَمَ بِهِ عَلَيْهِ . وَلَيْسَ هَذَا حُكْمًا بِالْعِلْمِ ، إِنَّمَا هُوَ أَمْضَاءُ لِحُكْمِهِ السَّابِقِ . وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ الْقَاضِي ، فَشَهِدَ عَنْده شَاهِدَانِ عَلَى حُكْمِهِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهَا ، وَإِمْضَاءُ الْقَضَاءِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ

(٢٣) فِي مِيزَانِهِ : « عَلَيْهِ » .

(٢٤) فِي مِ : « فِيمَا حَكَمَ بِهِ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « فَكْفَى » .

(٢٦) فِي ب : « ثُمَّ ذَكَرَ » .

القاضي : هذا قياسُ قول أحمد ؛ لأنه قال : يَرْجِعُ الإمامُ إلى قولِ اثْنَيْنِ فصاعداً من المأمومين . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي : لا يَقْبَلُ ؛ لأنه يُمكنُهُ الرجوعُ إلى الإحاطة والعلم ، فلا يَرْجِعُ إلى الظنِّ ، كالشَّاهدِ إِذْ أُسِيَّ شهادته ، فشَهِدَ عنده شاهدان أَنَّهُ شَهِدَ^(٢٧) ، لم يَكُنْ لَهُ أَن يَشْهَدَ . ولنا ، أَنَّهُما لو شَهِدا عنده بِحُكْمٍ غَيْرِهِ قَبْلَ ، فكذلك إِذَا شَهِدا عنده بِحُكْمِهِ^(٢٨) ، ولأنَّهُما شَهِدا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ مَا تُسَيِّيه لَيْسَ إِلَيْهِ ، وَيُخَالِفُ الشَّاهِدَ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ يُمَضِّي مَا حَكَمَ بِهِ إِذَا ثَبَتَ عَنْده ، وَالشَّاهِدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِمْضَاءِ شهادته ، وَإِنَّمَا يُمَضِّيها الْحَاكِمُ .

١٨٧٢ - مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةٌ مَنْ لَمْ يَكُنْ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وَلَا يَتِيهِ)

وذلك لِأَنَّ الْهَدِيَّةَ يَقْصَدُهَا فِي الْغَالِبِ اسْتِمَالَةٌ قَلْبِهِ ، لِيَعْتَنِيَ بِهِ فِي الْحُكْمِ ، فَتُشْبِهُ الرِّشْوَةَ . قال مسروق : إِذَا قَبِلَ الْقَاضِي الْهَدِيَّةَ ، أَكَلَ السُّحْتَ ، وَإِذَا قَبِلَ الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْرَ . وقد رَوَى أَبُو حُمَيْدٍ السَّاعِدِيُّ ، قال : بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلًا مِنَ الْأَزْدِ ، يُقَالُ لَهُ ابْنُ الثَّيْبَةِ عَلَى الصَّدَقَةِ ، فَقَالَ : هَذَا الْكَمْ ، وَهَذَا أُهْدِيَ إِلَيَّ . فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ فَحَمِدَ اللَّهَ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « مَا بَالُ الْعَامِلِ تَبْعُهُ ، فَيَجِيءُ فَيَقُولُ : هَذَا الْكَمْ ، وَهَذَا أُهْدِيَ^(١) إِلَيَّ ، أَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أُمِّهِ^(٢) ، فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ ، لَا تَبْعُثُ أَحَدًا مِنْكُمْ ، فَيَأْخُذُ شَيْئًا ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ / عَلَى رَقَبَتِهِ ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رُغَاءٌ ، أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا خَوَارٌ ، أَوْ شَاةٌ تَيْعُرُ^(٣) » . فَرَفَعَ يَدَيْهِ^(٤) حَتَّى رَأَيْتُ غَفْرَةً^(٥) إِبْطِيهِ ، فَقَالَ : « اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ » ثَلَاثًا ؟ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَلِأَنَّ حَدُوثَ

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « يَشْهَدُ » .

(٢٨) فِي م : « بِحُكْمِ نَفْسِهِ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ : « فِي بَيْتِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ » . وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ : « فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ فِي بَيْتِ أُمِّهِ » .

(٣) تَيْعُرُ : تَصِيحُ ، وَالْبَعَارُ : صَوْتُ الشَّاةِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَدِهِ » .

(٥) غَفْرَةُ الْإِبْطِ : الْبَيَاضُ الَّذِي لَيْسَ بِالنَّاصِعِ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفَ كَانَتْ يَمِينُ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ ، وَفِي : بَابِ هَدَايَا الْعَمَالِ ، مِنْ =

الْهَدْيَةِ عِنْدَ حُدُوثِ الْوَلَايَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ أَجْلِهَا، لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى مَبْلَغِ الْحَاكِمِ مَعَهُ عَلَى تَخَصُّصِهِ، فَلَمْ يَجْزُ قَبُولُهَا مِنْهُ ^(٧) كَالرِّشْوَةِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ، جَازَ قَبُولُهَا مِنْهُ بَعْدَ الْوَلَايَةِ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَجْلِ الْوَلَايَةِ؛ لَوْجُودِ سَبَبِهَا قَبْلَ الْوَلَايَةِ، بِدَلِيلِ وُجُودِهَا قَبْلَهَا. قَالَ الْقَاضِي: وَيُسْتَحَبُّ لَهُ التَّنَزُّهُ عَنْهَا: وَإِنْ أَحْسَنَ أَنَّهُ يَقْدُمُهَا بَيْنَ يَدَيْ خُصْمِهِ، أَوْ فَعَلَهَا حَالَ الْحُكُومَةِ، حَرَّمَ أَخْذَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ؛ لِأَنَّهَا كَالرِّشْوَةِ. وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ، أَنَّ قَبُولَ الْهَدْيَةِ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ. وَفِيمَا ذَكَرْنَاهُ دَلَالَةٌ عَلَى التَّحْرِيمِ.

فصل: فَأَمَّا الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ، وَرِشْوَةُ الْعَامِلِ، فَحَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَكُلُوا لِمَا كَسَبْتُمْ﴾ ^(٨). قَالَ الْحَسَنُ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ، فِي تَفْسِيرِهِ: هُوَ الرِّشْوَةُ. وَقَالَ: إِذَا قَبِلَ الْقَاضِي الرِّشْوَةَ، بَلَغَتْ بِهِ إِلَى الْكُفْرِ. وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو، قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ. قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٩): هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. وَرَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ، وَزَادَ: «فِي الْحُكْمِ». وَرَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ، فِي «زَادِ الْمُسَافِرِ» ^(١٠)، وَزَادَ: «وَالْمُرَاشِيَّ» ^(١١) وَهُوَ السَّقْفِيرُ بَيْنَهُمَا. وَلِأَنَّ الْمُرْتَشِيَّ إِنَّمَا

= كِتَابُ الْأَحْكَامِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٦٢/٨، ٨٨/٩. وَمُسْلِمٌ، فِي: بَابِ تَحْرِيمِ هَدَايَا الْعَمَالِ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ. صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٦٣/٣.

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي هَدَايَا الْعَمَالِ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ. سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١٢١/٢، ١٢٢. وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ مَا يَهْدَى لِعَمَالِ الصَّدَقَةِ لِمَنْ هُوَ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ، وَفِي: بَابِ فِي الْعَامِلِ إِذَا أَصَابَ فِي عَمَلِهِ شَيْئًا، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ. سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٣٩٤/١، ٢٣٢/٢. وَالإمام أحمد، فِي: الْمُسْنَدُ ٤٢٣/٥.

(٧) لَمْ يَرِدْ فِي: الْأَصْلِ، ب.

(٨) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٢.

(٩) فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّاشِيِّ وَالْمُرْتَشِيَّ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨١/٦، ٨٢.

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ الرِّشْوَةِ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ. سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٧٠/٢. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ التَّغْلِيظِ فِي الْحَيْفِ وَالرِّشْوَةِ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٧٥/٢. جَمِيعُهُمْ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، وَأَخْرَجَهُ الإمام أحمد، فِي: الْمُسْنَدُ ١٦٤/٢، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، وَفِي ٣٨٨، ٣٨٧/٢.

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَفِي ٢٧٩/٥ عَنْ ثَوْبَانَ.

(١٠) ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي يَعْلَى، فِي تَرْجَمَتِهِ، فِي: طَبَقَاتِ الْحَنَابِلَةِ ١٢٠/٢.

(١١) فِي م: «وَالرَّاشِيَّ».

يُرْتَشَى لِيَحْكُمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ، أَوْ لِيُوقِفَ الْحُكْمَ عَنْهُ، وَذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الظُّلْمِ . قَالَ مَسْرُوقٌ :
سَأَلْتُ ابْنَ مَسْعُودٍ عَنِ السُّحْتِ، أَهِيَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ؟ قَالَ: لَا، ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا
أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(١٢) وَ﴿الظَّالِمُونَ﴾^(١٣) وَ﴿الْفَاسِقُونَ﴾^(١٤) وَلَكِنَّ
السُّحْتَ أَنْ يَسْتَنْعِيَنَكَ الرَّجُلُ عَلَى مَظْلَمَةٍ، فَيُهْدِي لَكَ، فَلَا تَقْبَلُ^(١٥) . وَقَالَ قَتَادَةُ: قَالَ
كَعْبٌ: الرِّشْوَةُ تُسَفِّهُ الْحَلِيمَ، وَتُعْمِي عَيْنَ الْحَكِيمِ . فَأَمَّا الرَّأشِيُّ فَإِنْ رَشَاهُ لِيَحْكُمَ لَهُ
بِبَاطِلٍ، أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ/ حَقًّا، فَهُوَ مَلْعُونٌ، وَإِنْ رَشَاهُ لِيَدْفَعَ ظُلْمَهُ، وَيَجْزِيَهُ عَلَى وَاجِبِهِ، فَقَدْ
قَالَ عَطَاءٌ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ، وَالْحَسَنُ: لَا بَأْسَ أَنْ يُصَانَعَ عَنْ نَفْسِهِ . قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ: مَا
رَأَيْتُنِي فِي زَمَنِ زِيَادٍ^(١٦) أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرِّشَا . وَلَا أَنَّهُ يَسْتَنْقِذُ مَالَهُ كَمَا يَسْتَنْقِذُ الرَّجُلُ أَسِيرَهُ . فَإِنْ
ارْتَشَى الْحَاكِمُ، أَوْ قَبَلَ هَدِيَّةً لَيْسَ لَهُ قَبُولُهَا، فَعَلَيْهِ رَدُّهَا إِلَى أَرْبَابِهَا؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا^(١٧) بِغَيْرِ
حَقٍّ، فَأُشْبِهَ الْمَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ
يَأْمُرْ ابْنَ اللَّتْبِيَّةِ بِرَدِّهَا عَلَى أَرْبَابِهَا . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ: إِذَا أَهْدَى الْبَطْرِيقُ لِسَاحِبِ الْجَيْشِ عَيْنًا
أَوْ فِضَّةً، لَمْ تَكُنْ لَهُ دُونَ سَائِرِ الْجَيْشِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ: يَكُونُونَ فِيهِ^(١٨) سَوَاءً .

فصل: وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ؛ لَمَا رَوَى أَبُو الْأَسْوَدِ
الْمَالِكِيُّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: « مَا عَدَلَ وَإِلَّا اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ
أَبَدًا »^(١٩) . وَلَئِنَّهُ يُعْرَفُ فِيْحَابِي، فَيَكُونُ كَالْهَدِيَّةِ، وَلَئِنَّ ذَلِكَ يَشْغَلُهُ عَنِ النَّظَرِ فِي أُمُورِ
النَّاسِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ لَمَّا بُويعَ، أَخَذَ الذَّرَاعَ وَقَصَدَ
السُّوقَ، فَقَالُوا: يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ، لَا يَسْعُكَ أَنْ تَشْتَغَلَ عَنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ:
فَإِنِّي لَا أَدْعُ عِيَالِي يَضِيعُونَ . قَالُوا: فَنَحْنُ نَفْرِضُ لَكَ مَا يَكْفِيكَ . فَقَرَضُوا لَهُ كُلَّ يَوْمٍ
دِرْهَمَيْنِ^(٢٠) . فَإِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى، صَحَّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِشَرْطِهِ وَأَرْكَانِهِ . وَإِنْ احتَاجَ

(١٢) الآيات ٤٤، ٤٥، ٤٧، من سورة المائدة .

(١٣) أخرجه البيهقي، في: باب التشديد في أخذ الرشوة، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٩ .

(١٤) في م: « زيادة » . وهو يعني زياد بن أبيه .

(١٥) في ب زيادة: « منهم » .

(١٦) في ب: « فيها » .

(١٧) عزاه السيوطي إلى الحاكم في الكنى . انظر: الفتح الكبير ٣/٩٦ . فيض القدير ٥/٤٥٦ .

(١٨) تقدم تحريجه، في: صفحة ١٠ .

إلى مُباشَرته ، ولم يَكُنْ له مَنْ يَكْفِيهِ ، جازَ ذلك ، ولم يُكرَه ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قصدَ السُّوقَ لِيَتَجَرَ فيه ، حتى فَرَضُوا له ما يَكْفِيهِ ، ولأنَّ القيامَ بِعِيَالِهِ فرضٌ عَيْنٌ ، فلا يَتْرُكُهُ لَوْهَمَ مَضَرَّةٍ ، وإِنَّمَا^(١٩) إذا اسْتَعْنَى عن مُباشَرته ، ووجدَ مَنْ يَكْفِيهِ ذلك ، كَرِهَ له ؛ لما ذكرنا من المَعْنِيِّينَ . وَيَنْبَغِي أن يُوكَّلَ في ذلك مَنْ لَا يُعْرِفُ أَنَّهُ وَكِيلُهُ ؛ لئَلَّا يُحَاجِيَ . وهذا مذهبُ / الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عن أبي حنيفةَ ، أَنَّهُ قال : لَا يُكرَهُ له البيعُ والشُّراءُ وتوكيلُ مَنْ يُعْرِفُ ؛ لما ذكرنا من قَضِيَّةِ أبي بكرٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه . ولنا ، ما ذكرناه . وَرَوَى عن شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ قال : شَرَطَ على عمرُ حينَ ولَّاني القضاءَ أنْ لَا أبيعَ ، وَلَا أَبتاعَ ، وَلَا أُرثِشِيَ ، وَلَا أَقْضِيَ وَأَنَا غَضَبَانُ^(٢٠) . وقَضِيَّةُ أبي بكرٍ حُجَّةٌ لنا ؛ فَإِنَّ الصَّحَابَةَ أَنْكَرُوا عليه ، فاعتذَرَ بِحِفْظِ عِيَالِهِ عن الضُّيَاعِ ، فَلَمَّا أَغْنَوْهُ عن البيعِ والشُّراءِ بما فَرَضُوا له^(٢١) ، قَبِلَ قولَهُم ، وتركَ التجارةَ ، فَحَصَلَ الاتِّفَاقُ مِنْهُمْ على تَرْكِهَا عندَ الغِنَى عنها .

٢٧/١١ ط

فصل : ويجوزُ للحاكمُ حُضورُ الولائمِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كانَ يحضُرُها ، ويأمرُ بِحُضورِها ، وقال : « مَنْ لَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ »^(٢٢) . فَإِنْ كَثُرَتْ وازدحمَتْ ، تَرَكَها كُلَّها ، ولم يُجبْ أحداً ؛ لأنَّ ذلكَ يَشْتَغِلُهُ عن الحكمِ الذي قد تَعَيَّنَ عليه ، لَكِنَّهُ يَعْذِرُ إِلَيْهِمْ ، وَيَسْأَلُهُمُ التَّحْلِيلَ ، وَلَا يُجِبُ بَعْضُادُونَ بَعْضَ ؛ لأنَّ في ذلكَ كَسْرَ الْقَلْبِ مَنْ لَمْ يُجِبْهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَصَّ بَعْضُهَا بِعُذْرٍ يَمْنَعُهُ دُونَ بَعْضٍ ، مِثْلَ أنْ يَكُونَ في إِحْدَاهُمَا مُنْكَرٌ ، أو تَكُونَ في مَكَانٍ بَعِيدٍ ، أو يَشْتَغِلَ بِهَا زَمَناً طَوِيلاً ، والأُخْرَى بِخِلَافِ ذلكَ ، فَلَهُ الإِجَابَةُ إِلَيْهَا دُونَ الْأُولَى ؛ لأنَّ عُذْرَهُ ظَاهِرٌ في التَّخْلُفِ عن الْأُولَى .

فصل : وله عِيَادَةُ الْمَرْضَى ، وشُهُودُ الْجَنَائِزِ ، وإِثْنَانُ مَقْدَمِ الْغَائِبِ ، وَزِيَارَةُ إِخْوَانِهِ وَالصَّالِحِينَ مِنَ النَّاسِ ؛ لِأَنَّهُ قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ ، وَإِنْ كَثُرَ ذلكَ ، فَلَيْسَ لَهُ الاِشْتِغَالُ بِهِ عن الْحُكْمِ ؛ لأنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ ، فَلَا يَشْتَغِلُ بِهِ عن الْفَرَضِ^(٢٣) ، وَلَهُ حُضُورُ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ ؛ لأنَّ

(١٩) في م : « وأما » .

(٢٠) انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٤ . وإرواء الغليل ٢٥٠/٨ .

(٢١) في م : « لهم » .

(٢٢) تقدم تخريجه ، في : ١٩٤/١٠ ، الحديث الثالث .

(٢٣) في النسخ : « الغرض » .

هذا يَفْعَلُهُ لِنَفْعِ نَفْسِهِ بِتَحْصِيلِ^(٢٤) الأجر ، والقُرْبَةِ له ، والولائم يُرَاعَى فيها حقُّ الدَّاعِي ،
فَيَنْكَسِرُ قَلْبُ مَنْ لَمْ يُجِبْهُ إِذَا أَجَابَ غَيْرَهُ .

١٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَعْدِلُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الدُّخُولِ عَلَيْهِ ،
وَالْمَجْلِسِ ، / وَالْخِطَابِ) ٢٨/١١

وجملته ، أنَّ على القاضي العدلَ بين الخصمَينِ في كلِّ شيءٍ ، من المجلس ،
والخطاب ،^(١) « واللَّحْظُ وَاللَّفْظُ » ، والدُّخُولُ عليه ، والإِنْصَاتِ إليهما ، والاستِمَاعُ
منهما . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، وأبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلمُ فيه مُخَالَفًا . وقد رَوَى عمرُ
ابنُ شَبَّةٍ ، في كتاب « قُضَاةِ البَصْرَةِ » ، بإسنادِهِ عن أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ
بُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِي لَفْظِهِ ، وَإِشَارَتِهِ^(٢) ، وَمَقْعَدِهِ ، وَلَا يَرْفَعْ
صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخَرِ »^(٣) . وفي رواية : « فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ ؛ فِي
النَّظَرِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَالْإِشَارَةِ » . وكتبَ عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إلى أبي موسى^(٤) : سَوِّ^(٥) بَيْنَ
النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ ، حتَّى لَا يَيْأَسَ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِكَ ، وَلَا يَطْمَعَ
شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ^(٦) . وقال سَعِيدٌ ، ثَنَا هُشَيْمٌ ، ثَنَا^(٧) سَيَّارٌ^(٨) ، ثَنَا الشَّعْبِيُّ ، قال : كان
بين عمرَ بنِ الخطَّابِ ، وأبي بنِ كعبٍ بَدَارٌ^(٩) في شيءٍ ، فَجَعَلَا بَيْنَهُمَا زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، فَأَتَيَاهُ
فِي مَنْزِلِهِ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : أَتَيْنَاكَ لَتَحْكُمَ بَيْنَنَا ، فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكْمُ^(١٠) . فَوَسَّعَ لَهُ زَيْدٌ عَنْ

(٢٤) في م : « لتحصيل » .

(١-١) في الأصل : « واللحظة واللفظة » .

(٢) في الأصل : « وإشاراته » .

(٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب إِنْصَافِ الْخَصْمَيْنِ ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٥/١٠ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « واس » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٧) في الأصل : « أخبرنا » .

(٨) في الأصل : « يسار » . وما هنا في : السنن الكبرى ١٣٦/١٠ أيضا .

(٩) في السنن الكبرى : « تدارى » .

(١٠) في م : « الحاكم » . وهو مثل معروف .

صَدْرٍ فَرَّاشِهِ ، فقال : هُهنا يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فقال له عُمَرُ : جُرْتُ فِي أَوَّلِ الْقَضَاءِ ، وَلَكِنْ أَجْلِسُ مَعَ خَصْمِي . فَجَلَسَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَادَّعَى أَبُو وَأَنْكَرَ عُمَرُ ، فقال زَيْدٌ لِأَبِي ، أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ ، وَمَا كُنْتُ لِأَسْأَلَهَا لِأَحَدٍ غَيْرِهِ . فَحَلَفَ عُمَرُ ، ثُمَّ أَقْسَمَ : لَا يُدْرِكُ زَيْدٌ بَابَ الْقَضَاءِ ، حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَرَجُلٌ مِنْ غُرَضِ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَهُ سَوَاءً ^(١١) . وَرَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، وَفِيهِ : فَلَمَّا أَتَى بَابَ زَيْدٍ ، خَرَجَ فَقَالَ : السَّلَامُ عَلَيْكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ أَرْسَلْتَ إِلَيَّ أَتَيْتُكَ ^(١٢) . قَالَ : فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكَمَ . فَلَمَّا دَخَلَ ^(١٣) عَلَيْهِ ، قَالَ : هُهنا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . قَالَ : بَلْ أَجْلِسُ مَعَ خَصْمِي . فَادَّعَى أَبُو وَأَنْكَرَ عُمَرُ ، وَلَمْ تَكُنْ لِأَبِي بَيْتَةً ، فَقَالَ زَيْدٌ : أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ . فَقَالَ عُمَرُ : تَاللَّهِ إِنْ زِلْتُ ظَالِمًا ، السَّلَامُ / عَلَيْكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . هُهنا ^(١٤) يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ^(١٥) . وَلَمْ يُعْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ؟ إِنْ كَانَ لِي حَقٌّ اسْتَحَقَّقْتُهُ بِيَمِينِي ، وَإِلَّا تَرَكْتُهُ ، وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنْ النَّخْلَ لَنَخْلِي ، وَمَا لِأَبِي فِيهَا حَقٌّ . ثُمَّ أَقْسَمَ عُمَرُ : لَا يُصِيبُ زَيْدٌ وَجْهَ الْقَضَاءِ حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَغَيْرُهُ مِنَ النَّاسِ عِنْدَهُ سَوَاءً . فَلَمَّا خَرَجَا وَهَبَ النَّخْلَ لِأَبِي ، فَقِيلَ لَهُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، فَهَلَا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَحْلِفَ ؟ قَالَ : خِفْتُ أَنْ أَتْرِكَ الْيَمِينَ ، فَتَصِيرَ سُنَّةٌ ، فَلَا يَحْلِفُ النَّاسُ عَلَى حُقُوقِهِمْ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى شُرَيْحٍ ، وَعِنْدَهُ السَّرِيُّ بْنُ وَقَّاصٍ ، فَقَالَ الرَّجُلُ لَشُرَيْحٍ : أَعِدْنِي عَلَى هَذَا الْجَالِسِ عِنْدَكَ . فَقَالَ شُرَيْحٌ لِلْسَّرِيِّ : قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . قَالَ : إِنِّي أَسْمَعُكَ مِنْ مَكَانِي . قَالَ : لَا ، قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . فَأَبَى أَنْ يَسْمَعَ مِنْهُ حَتَّى أَجْلِسَ مَعَ خَصْمِهِ . وَفِي رِوَايَةٍ أَنَّهُ ^(١٥) قَالَ : إِنْ مَجْلِسَكَ يُرِيهِ ، وَإِنِّي لَا أَدْعُ النَّصْرَةَ وَأَنَا عَلَيْهَا قَادِرٌ . وَلَمَّا تَحَاكَمَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَالْيَهُودِيُّ إِلَى شُرَيْحٍ ، قَالَ

ط ٢٨/١١

(١١) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٩ .

(١٢) في ب ، م : « لِأَتَيْتُكَ » .

(١٣) في الأصل : « دَخَلَ » .

(١٤-١٥) في م : « هُهنا أغف أمير المؤمنين » .

(١٥) سقط من : م .

علی : إِنْ خَصَمْنِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ ^(١٦) . وَلَئِنْ الْحَاكِمَ إِذَا مَيَّرَ أَحَدَ
الْخَصْمَيْنِ عَلَى ^(١٧) الْآخَرِ حُصِرَ ، وَانْكَسَرَ قَلْبُهُ ^(١٨) ، وَرِمَا لَمْ تُقَمْ حُجَّتُهُ ، فَأَدَّى ذَلِكَ إِلَى
ظُلْمِهِ . وَإِنْ أَذِنَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ لِلْحَاكِمِ فِي رَفْعِ الْخَصْمِ الْآخَرِ عَلَيْهِ فِي الْمَجْلِسِ ، جَازَ ؛
لَئِنْ الْحَقُّ لَهُ ، وَلَا يَنْكَسِرُ قَلْبُهُ إِذَا كَانَ هُوَ الَّذِي رَفَعَهُ . وَالسُّنَّةُ أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ
الْقَاضِي ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْحَاكِمِ . رَوَاهُ أَبُو
دَاوُدَ ^(١٩) . وَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَوْ أَنَّ خَصَمِي مُسْلِمٌ لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ . وَلَئِنْ
ذَلِكَ أُمِكنُ لِلْحَاكِمِ فِي الْعَدْلِ بَيْنَهُمَا ، وَالْإِقْبَالِ عَلَيْهِمَا ، وَالتَّنْظَرِ فِي تَحْصُومَتِهِمَا . وَإِنْ كَانَ
الْخَصْمَانِ ذِمِّيَيْنِ ، سَوَى بَيْنَهُمَا أَيْضًا ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي دِينِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا
وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا ، جَازَ رَفْعُ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، لَمَّا رَوَى / إِبْرَاهِيمُ التَّيْمِيُّ ، قَالَ : وَجَدَ عَلِيُّ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢٠) ، دِرْعَهُ مَعَ يَهُودِيٍّ ، فَقَالَ : دِرْعِي ، سَقَطَتْ وَقْتُ كَذَا وَكَذَا . فَقَالَ
الْيَهُودِيُّ : دِرْعِي ، وَفِي يَدَيِ ، بَيْنِي وَبَيْنَكَ قَاضِي الْمُسْلِمِينَ . فَارْتَفَعَا إِلَى شُرَيْحَ ، فَلَمَّا
رَأَاهُ شُرَيْحَ قَامَ مِنْ مَجْلِسِهِ ، وَأَجْلَسَهُ فِي مَوْضِعِهِ ، وَجَلَسَ مَعَ الْيَهُودِيِّ بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَقَالَ
عَلِيُّ : إِنْ خَصَمْنِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ ، وَلَكِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ يَقُولُ : « لَا تُسَاوُواهُمْ فِي الْمَجَالِسِ » . ذَكَرَهُ أَبُو نُعَيْمٍ ، فِي « الْحَلِيَةِ » . وَلَا
يَنْبَغِي أَنْ يُضَيَّفَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ دُونَ صَاحِبِهِ ، إِمَّا أَنْ يُضَيَّفَهُمَا مَعًا أَوْ يَدْعَهُمَا . وَقَدْ رَوَى
عَنْ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، أَنَّهُ نَزَلَ بِهِ رَجُلٌ ، فَقَالَ لَهُ : أَلَيْكَ ^(٢١) خَصْمٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ .
قَالَ : تَحَوَّلْ عَنَّا ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا تُضَيِّفُوا أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِلَّا

(١٦) أخرجه البيهقي ، في : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٦ .
وأبو نعيم ، في : الحلية ٤/١٣٩ . ووكيع ، في : أخبار القضاة ٢/٢٠٠ .

(١٧) في ب : « عن » .

(١٨) لم يرد في : الأصل ، ب .

(١٩) في : باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢/٢٧١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب إنصاف الخصمين ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٥ .

(٢٠) سقط من : ب ، م ،

(٢١) في ب ، م : « إنك » .

وَمَعَهُ خَصْمُهُ» (٢٢) . ولأنَّ ذلك يُوهِمُ الخَصْمَ مِثْلَ الحاكمِ إلى مَنْ أضافه . ولا يُلقَنُ أحدهما حُجَّتَهُ ، ولا ما فيه ضررٌ على خصمه ، مثل أن يُريدَ أحدهما الإقرارَ ، فيلقنه الإنكارَ ، أو اليمينَ فيلقنه التَّكْوِيلَ ، أو التَّكْوِيلَ ، فيجرِّئه على اليمينِ ، أو يُحسِّنَ من الشَّاهد بالتَّوقُّفِ ، فيجسِّره على الشَّهادة ، أو يكونَ مُقَدِّمًا على الشَّهادة ، فيوقِّفه عنها ، أو يقولُ لأحدهما وحده : تكلَّم . ونحو هذا ممَّا فيه إضرارٌ بخصمه ؛ لأنَّ عليه العَدْلَ بينهما . فإن قيل : فقد لقنَ النَّبِيُّ ﷺ السَّارقَ ، فقال : « مَا إِحَالُكَ سَرَقْتَ » (٢٣) . وقال عمرُ لزيادٍ : أَرْجُو أَنْ لَا يَفْضَحَ اللَّهُ عَلَى يَدَيْكَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (٢٤) . قلنا : لا يَرِدُ هذا الإلْزَامُ هُنا ؛ فإنَّ هذا في حُقوقِ اللَّهِ وَحُدُودِهِ ، ولا خَصْمَ لِلْمُقَرَّرِ ، ولا لِلْمَشْهُودِ عليه ، فليس في تلقينه حَيْفٍ على أَحَدِ الخَصْمَيْنِ ، ولا تَرْكٌ لِلْعَدْلِ في أَحَدِ الجانبَيْنِ ، والذي قلنا في الخَصْمَيْنِ (٢٥) الْمُخْتَلِفَيْنِ في حَقٍّ من حُقوقِ الْآدِمِيِّينَ . ولا يَنْبَغِي أَنْ يَتَعَنَّتَ (٢٦) الشَّاهدُ ، ولا يُدْخِلَهُ / في كَلَامِهِ ، ويُعَنِّفَهُ في الْفَاضِلَةِ .

ظ ٢٩/١١

فصل : وإذا حضرَ القاضِيُ خُصُومَ كَثِيرٍ (٢٧) ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ فالأَوَّلُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَبْعَثَ مَنْ يَكْتُبُ مَنْ جَاءَ الْأَوَّلُ فالأَوَّلُ ، فيُقدِّمُهُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : الْأَحْسَنُ أَنْ يَتَّخِذَ حَيْطًا مَمْدُودًا ، طَرَفُهُ يَلِي مَجْلِسَ الحاكمِ ، والطَّرْفُ الْآخَرُ يَلِي مَجْلِسَ الخُصُومِ ، فكلُّ مَنْ جَاءَ كَتَبَ اسْمَهُ في رُقْعَةٍ ، وَثَقَبَهَا ، وَأَدْخَلَهَا في الحَيْطِ مِمَّا يَلِي مَجْلِسَ الخُصُومِ ، حتى يَأْتِيَ على آخِرِهِمْ ، فإذا جَلَسَ القاضِيُ مَدَّ يَدَهُ إلى الطَّرْفِ الَّذِي يَلِيهِ ، فَأَخَذَ الرُّقْعَةَ الَّتِي يَلِيهِ ، ثُمَّ التَّتَى بَعْدَهَا كَذَلِكَ ، حتى (٢٨) تَفْرَغَ الرُّقَاعُ ، فإنَّ بَقِيَّ مَنْهَا شَيْءٌ ، وَزَالَ الْوَقْتُ الَّذِي يَقْضَى فِيهِ ، عَرَفَ الطَّرْفَ الَّذِي يَلِيهِ حِينَ يَجْلِسُ ، فَيَتَنَاوَلُ في المَجْلِسِ الثَّانِي الرُّقَاعَ ، كِفْعَلُهُ بِالْأَمْسِ . وَالْاِعْتِبَارُ بِسَبْقِ الْمُدْعَى ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَمَتَى قَدَّمَ رَجُلًا بِسَبْقِهِ (٢٩) ،

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٧/١٠ ، ١٣٨ .

(٢٣) تقدم تخريجه ، في : ٤٦٥/١٢ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، في : ١٨٤/١١ .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في م : « يعنت » .

(٢٧) في ب ، م : « كثيرة » .

(٢٨-٢٩) في م : « يأتي على آخرها » .

(٢٩) في م : « لسبقه » .

فَحَكَمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَصْمِهِ ، فَقَالَ : لِي دَعْوَى أُخْرَى . لَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَدَّمَ بِسَبْقِهِ فِي خُصُومَةٍ ، فَلَا يَقْدُمُ بِأُخْرَى ، وَيَقُولُ لَهُ : اجْلِسْ حَتَّى إِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنَ الْحَاضِرِينَ ، نَظَرْتُ فِي دَعْوَاكَ الْأُخْرَى إِنْ (٣٠) أُمِكنَ . فَإِذَا فَرَغَ الْكُلِّ ، فَقَالَ الْأَخِيرُ بَعْدَ فَصْلِ خُصُومَتِهِ : لِي دَعْوَى أُخْرَى . لَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ ، حَتَّى يَسْمَعَ دَعْوَى الْأَوَّلِ الثَّانِيَةَ ، ثُمَّ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، عَلَى الْمُدَّعَى ، حَكَمَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ فِي الْمُدَّعَى (٣١) ، لَا فِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ . وَإِذَا تَقَدَّمَ الثَّانِي ، فَادَّعَى عَلَى الْمُدَّعَى الْأَوَّلَ ، أَوْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْأَوَّلَ ، حَكَمَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ حَضَرَ اثْنَانِ ، أَوْ جَمَاعَةٌ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَقَدَّمَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِمْ ، وَإِنْ كَثُرَ عَدَدُهُمْ ، كَتَبَ أَسْمَاءَهُمْ فِي رِقَاعٍ ، وَتَرَكَهَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَمَدَّ يَدَهُ فَأَخَذَ رُقْعَةً رُقْعَةً ، وَاحِدَةً بَعْدَ أُخْرَى ، وَيُقَدِّمُ صَاحِبَهَا حَسَبَ مَا يَتَّفَقُ .

فصل : / فَإِنْ حَضَرَ مُسَافِرُونَ وَمُقِيمُونَ ، وَكَانَ الْمَسَافِرُونَ قَلِيلًا ، بَحِثْ لَا يَضُرُّ (٣٢) ٣٠/١١

تَقْدِيمُهُمْ عَلَى الْمُقِيمِينَ ، قَدَّمَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَى جَنَاحِ السَّفَرِ ، وَيَسْتَعْمِلُونَ بِمَا يَصْلُحُ لِلرَّحِيلِ ، وَقَدْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْهُمْ الصَّوْمَ وَشَطَرَ الصَّلَاةَ تَخْفِيفًا عَنْهُمْ ، وَفِي تَأْخِيرِهِمْ ضَرَرٌ بِهِمْ ، فَإِنْ شَاءَ أَفْرَدَهُمْ يَوْمًا يَفْرُغُ مِنْ حَوَائِجِهِمْ فِيهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَدَّمَهُمْ مِنْ غَيْرِ إِفْرَادٍ يَوْمَ لَمْ . فَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا ، بَحِثْ يَضُرُّ تَقْدِيمُهُمْ ، فَهُمْ وَالْمُقِيمُونَ سَوَاءٌ ، لِأَنَّ تَقْدِيمَهُمْ مَعَ الْقِلَّةِ ، إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ (٣٣) الْمَضَرَّةِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِمْ ، فَإِذَا آلَ دَفْعُ ضَرَرِهِمْ (٣٤) إِلَى الضَّرَرِ بغيرِهِمْ ، تَسَاوَوْا . وَلَا خِلَافَ فِي أَكْثَرِ هَذِهِ الْأَدَابِ ، وَأَنَّهَا لَيْسَتْ شَرْطًا فِي صَحَّةِ الْقَضَاءِ ، فَلَوْ قَدَّمَ الْمُسَبِّقَ ، أَوْ قَدَّمَ الْحَاضِرِينَ ، أَوْ نَحْوَهُ ، كَانَ قَضَاؤُهُ صَحِيحًا .

فصل : وَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ خَصْمَانِ ، فَإِنْ شَاءَ قَالَ : مَنْ الْمُدَّعَى مِنْكُمَا ؟ لِأَنَّهُمَا حَضَرَا لَذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ سَكَتَ ، وَيَقُولُ الْقَائِمُ عَلَى رَأْسِهِ : مَنْ الْمُدَّعَى مِنْكُمَا ؟ إِنْ سَكَتَا

(٣٠) فِي ب : « إِذ » .

(٣١) فِي ب ، م : « الدَّعْوَى » .

(٣٢) فِي الْأَصْل : « يَضُرُّهُمْ » .

(٣٣-٣٢) فِي م : « الضَّرَرُ الْمُخْتَصُّ » .

(٣٤) فِي م : « الضَّرَرُ عَنْهُمْ » .

جميعاً . ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما : تكلم . لأن في إفراذه بذلك تفضيلاً له ، وتركاً للإنصاف . قال (٣٥) عمرو بن قيس : شهدت شريحاً إذا جلس إليه الخصمان ، ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر يشعب ، غمره حتى يفرغ المدعى ، ثم يقول : تكلم . فإن بدأ أحدهما ، فادعى ، فقال خصمه : أنا المدعى . لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال : أجب عن دعواه ، ثم ادع بعد ما شئت . فإن ادعياً معاً ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما . وهو قياس قول الشافعي ؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقد تعدر الجمع بينهما ، فيقرع بينهما ، كالمراأتين إذا زُفنا في ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل : يرجأ أمرهما حتى يتبين المدعى / منهما . وما ذكرناه أولى ؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معاً ، وإرجاء أمرهما إضراراً بهما ، (٣٦) وفي كل ما (٣٦) ذكرنا دفع للضرر (٣٧) بحسب الإنكان ، وله نظير في مواضع من الشرع ، فكان أولى .

فصل : لا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ؛ لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادّعه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة (٣٨) ، ويفارق الإقرار ؛ فإن الحق عليه ، فلا يسقط بتركيه إثباته ، وإنما صححت الدعوى في الوصية مجهولة ؛ لأنها تصبح مجهولة ؛ فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح ، فلا يمكنه (٣٩) أن يدعى عليها إلا مجهولة كما ثبت ، وكذلك الإقرار ، لما صح أن يقر بمجهول ، صح لخصمه أن يدعى عليه أنه أقر له بمجهول . إذا ثبت هذا ، فإن كان المدعى أثماً ، فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء ؛ الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول : عشرة دنانير مصرية (٤٠) . وإن اختلفت بالصحاح والمكسرة ، قال : صحاح . أو قال : مكسرة . وإن كانت الدعوى في غير

(٣٥-٣٥) في الأصل : « عمرو بن قسر » . وفي ب ، م : « عمر بن قيس » . وانظر : أخبار القضاة ، لوكيع ٣٠٧/٢ .

(٣٦-٣٦) في ب ، م : « وفيما » .

(٣٧) في م : « الضرر » .

(٣٨) في ب : « مجهولاً » .

(٣٩) في ب : « يمكن » .

(٤٠) في م : « بصرية » .

الأثمان ، وكانت عَيْنًا تَنْضَبُطُ بِالصِّفَاتِ ، كالحُبُوبِ والثِّيَابِ والحيوانِ ، احتِجَاجُ أَنْ يَذْكُرَ الصِّفَاتِ الَّتِي تُشْتَرَطُ فِي السَّلَمِ ، وَإِنْ ذَكَرَ الْقِيَمَةَ كَانَ آكَدَ ، إِلَّا أَنَّ الصِّفَةَ تُعْنِي فِيهِ كَأَتَعْنِي فِي الْعَقْدِ . وَإِنْ كَانَتْ جَوَاهِرَ وَنَحْوَهَا مِمَّا لَا يَنْضَبُطُ بِالصِّفَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْضَبُطُ إِلَّا بِهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى تَالِفًا ، وَهُوَ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، ادَّعَى مِثْلَهُ ، وَضَبَطَهُ بِصِفَتِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ ، كَالنَّبَاتِ وَالْحَيَوَانِ ، ادَّعَى قِيَمَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِتَالِفِهِ . وَإِنْ كَانَ التَّالِفُ شَيْئًا مُحَلًى بِفَضَّةٍ أَوْ بذهَبٍ ، قَوْمُهُ بِغَيْرِ جِنْسٍ حَلِيتِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُحَلًى بِذهَبٍ وَفَضَّةٍ ، قَوْمُهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مُوَضِّعٌ حَاجَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَقَارًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَوْضِعِهِ^(٤١) / وَحُدُودِهِ ، فَيَدَّعَى أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ بِحُدُودِهَا وَحُقُوقِهَا لِي ، وَأَنَّهَا فِي يَدِهِ ظُلْمًا ، وَأَنَا أَطَالِبُهُ بِرَدِّهَا عَلَيَّ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِي ، وَأَنَّهُ يَمْنَعُنِي مِنْهَا ، صَحَّتِ الدَّعْوَى وَإِنْ لَمْ يَقُلْ إِنَّهَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُنَازِعَهُ وَيَمْنَعَهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِهِ . وَإِنْ ادَّعَى جِرَاحَةً لَهَا أَرْضٌ مَعْلُومَةٌ ، كَالْمَوْضِعَةِ مِنَ الْحَرِّ ، جَازَ أَنْ يَدَّعَى الْجِرَاحَةَ وَلَا يَذْكُرَ أَرْضَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ عَيْدٍ ، أَوْ كَانَتْ مِنْ حَرٍّ لَا مُقَدَّرَ فِيهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَرْضِهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا ، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى حَتَّى يَدَّعَى أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ ، وَتَرَكَ فِي^(٤٢) يَدِهِ وَلَدَهُ^(٤٣) مَالًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْزَمُهُ قَضَاءُ دَيْنِ وَالِدِهِ مَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ . وَيَحْتَاجُ أَنْ يَذْكُرَ تَرِكَهَ أَبِيهِ ، وَيُحَرِّرَهَا ، وَيَذْكُرَ قَدْرَهَا ، كَمَا يَصْنَعُ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ تَحْرِيرَ دَيْنِهِ ، وَمَوْتَ أَبِيهِ ، وَأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرِكَهَ أَبِيهِ مَا فِيهِ وَفَاءً لَدَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا فِيهِ وَفَاءً لِبَعْضِ دَيْنِهِ . احتِجَاجُ أَنْ يَذْكُرَ ذَلِكَ الْقَدْرَ . وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي نَفْيِ تَرِكَهَ الْأَبِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ مَوْتَ أَبِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، وَقَدْ يَمُوتُ وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ابْنُهُ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ^(٤٣) مَا وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرِكَهَ أَبِيهِ مَا فِيهِ وَفَاءً بِحَقِّهِ^(٤٤) ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَحْلِفْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

(٤١) فِي م : « وَضَعَهُ » .

(٤٢-٤٣) فِي م : « يَدِهِ » .

(٤٣) فِي م : « أَنْ » .

(٤٤) فِي ب ، م : « حَقُّهُ » .

يُخَلِّفُ تَرْكَةً فَلَا تَصِلُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِيْفَاءُ مِنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يُحَسِّنِ الْمُدَّعَى تَحْرِيرَ الدَّعْوَى ، فَهَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُلْقِنَهُ تَحْرِيرَهَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِي ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعَانَةٌ أَحَدِ الْحَصْمَيْنِ فِي حُكْمِيَّتِهِ .

فصل : إِذَا حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَ خَصْمَهُ الْجَوَابَ قَبْلَ أَنْ يَطْلُبَ مِنْهُ الْمُدَّعَى / ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ شَاهِدُ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ إِخْضَارُهُ وَالدَّعْوَى إِنَّمَا يُرَادُ لَيْسَ أَلِ الْحَاكِمِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَغْنَى ذَلِكَ عَنْ سُؤَالِهِ ، فَيَقُولُ لَخَصْمِهِ : مَا تَقُولُ فِيمَا يَدَّعِيهِ ؟ فَإِنْ أَقْرَأَ لَزِمَهُ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَيْهِ حَقُّهُ ، فَلَا يَسْتَوْفِيهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةٍ مُسْتَحَقَّةٍ ، هَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ ذَلِكَ ، فَانْتَفَى بِهَا ، كَمَا اكْتَفَى بِهَا فِي مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْجَوَابَ ، وَلَئِنْ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَا يَعْرِفُ مُطَالَبَةَ الْحَاكِمِ بِذَلِكَ ، فَيَتْرُكُ مُطَالَبَتَهُ بِهِ لَجَهْلِهِ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ قَبْلَ مَسْأَلَتِهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، إِنْ سَأَلَهُ الْخَصْمُ فَقَالَ : احْكُمْ لِي . حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَالْحُكْمُ أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ ، أَوْ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لَهُ . أَوْ يَقُولَ : أَخْرَجْ لَهُ مِنْهُ . فَمَتَى قَالَ لَهُ أَحَدُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ، كَانَ حُكْمًا بِالْحَقِّ ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَقَالَ : لَا حَقَّ لَكَ قَبْلِي . فَهَذَا مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، قَالَ الْحَاكِمُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ لَمَّا رَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَضَرَمِيُّ وَكِندِيُّ ، فَقَالَ الْحَضَرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فَقَالَ الْكِندِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، فَلَيْسَ ^(٤٥) لَهُ فِيهَا حَقٌّ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضَرَمِيِّ : « أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَلَيْكَ يَمِينُهُ » ^(٤٦) . وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَارِفًا بِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ وَبَيْنَ أَنْ يَسْكُتَ ، فَإِذَا قَالَ لَهُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً حَاضِرَةً ، لَمْ يَقُلْ لَهُ الْحَاكِمُ : أَحْضِرْهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّهُ ، ^(٤٧) فَلَهُ أَنْ ^(٤٨) يَفْعَلَ مَا يَرَى . وَإِذَا أَحْضَرَهَا لَمْ يَسْأَلْهَا الْحَاكِمُ عَمَّا عِنْدَهَا حَتَّى يَسْأَلَ الْمُدَّعَى ذَلِكَ ؛

(٤٥) في م : « وليس » .

(٤٦) تقدم تخرجه ، في : صفحة ٣٢ .

(٤٧-٤٨) سقط من : الأصل . وفي ب : « له أن » .

لأنَّه حَقُّ له فلا^(٤٨) يسأله ، ولا^(٤٩) يتصرَّف فيه من غير إذنه ، فإذا سألَه المدَّعى سُؤالها ، قال : مَنْ كانتَ عنده شهادةٌ فليذكرها^(٥٠) ، إن شاء ؟ ولا يقولُ لهما : اشهدا . / لأنَّه أمرٌ .
وكان شُرَيْحٌ يقولُ للشاهدين : ما أنا دعوتُكما ، ولا أنْها كما أن ترجعا ، وما يقضى على هذا المسلم غيرُكما ، وإني بكما أقضى اليومَ ، وبكما أتقى يومَ القيامةِ^(٥١) . وإن رأى الحاكمُ عليهما ما يُوجبُ ردَّ شهادتهما ، ردَّها . كما روى عن شُرَيْحٍ ، أنَّه شهدَ عنده شاهِدٌ ، وعليه قباءٌ محروطُ الكُميين ، فقال له شُرَيْحٌ : اتَّخَسِّنْ أن تتوضَّأ ؟ قال : نعم . قال : فاحسِرْ عن ذراعَيْكَ . فذهب يحسِرُ عنهما ، فلم يستطِعْ ، فقال له شُرَيْحٌ : قُمْ ، فلا شهادةَ لك^(٥٢) . وإن أدَّى الشَّهادةَ على غير وجهها ، مثل أن يقولَا : بلغنا أنَّ عليه ألفا ، أو سمعنا ذلك . ردَّ^(٥٣) شهادتهما . وشهد رجلٌ عند شُرَيْحٍ ، فقال : أشهدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمرْفَقه حتى مات . فقال شُرَيْحٌ : أتشهدُ أنَّه قتله ؟ قال : أشهدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمرْفَقه حتى مات .^(٥٤) قال : أتشهدُ أنَّه قتله ؟ قال : أشهدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمرْفَقه حتى مات^(٥٥) . قال : قُمْ ، لا شهادةَ لك^(٥٦) . وإن كانت شهادةٌ صحيحةً ، وعرفَ الحاكمُ عدالتهم ، قال للمشهودِ عليه : قد شهدَ عليك ، فإن كان عندك ما يقدِّحُ في شهادتهما ، فبيِّنْهُ عندي . فإن سألَ الإِنظارَ ، أنظره اليوميَّ والثلاثة . فإن لم يعجِزْ حَكَمَ عليه ؛ لأنَّ الحقَّ قد وُضِّحَ^(٥٧) على وَجْهِه لا إشكالَ فيه . وإن ارتابَ بشهادتهما ، فَرَّقْهُم ، فسألَ كلَّ واحدٍ عن شهادته وصِفَتِها ، فيقول : كنتُ أوَّلَ مَنْ شهدَ ، أو كتبتُ ، أو لم تكتبْ ، وفي أيِّ مكانٍ شهدتُ ، وفي أيِّ شهرٍ ، وأيِّ يومٍ ؟ وهل كنتُ وحدك ، أو معك غيرُك ؟ فإن اختلفوا ، سقطتْ شهادتُهُم ، وإن اتَّفَقُوا بحثَ عن عدالتهم . ويقال : أوَّلَ مَنْ فعلَ هذا

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : « فليذكر » .

(٥٠) تقدم في صفحة ٥٢ .

(٥١) أن : القضاة ٣٠١/٢ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : « ردت » .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٤) في ب زيادة : « له » .

دَنِيَالُ . وَيَقَالُ : فَعَلَهُ سَلِيمَانُ ، وَهُوَ صَغِيرٌ . وَرُويَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ سَبْعَةَ
نَفَرٍ خَرَجُوا ، فَفَقِدَ وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَأَتَتْ زَوْجَتُهُ عَلِيًّا ، فَدَعَا السَّبْعَةَ ، فَسَأَلَهُمْ عَنْهُ ، فَأُنْكَرُوا ،
فَفَرَّقَهُمْ ، وَأَقَامَ كُلَّ وَاحِدٍ عِنْدَ سَارِيَةٍ ، وَوَكَّلَ بِهِ ^(٥٥) مَنْ يَحْفَظُهُ ، وَدَعَا وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَسَأَلَهُ
فَأُنْكَرَ ، فَقَالَ : اللَّهُ أَكْبَرُ . فَظَنَّ الْبَاقُونَ أَنَّهُ قَدْ اعْتَرَفَ / ، فَدَعَاهُمْ ، فَأَعْتَرَفُوا ، فَقَالَ
لِلْأَوَّلِ : قَدْ شَهِدُوا عَلِيَّكَ ، وَأَنَا قَاتِلُكَ . فَأَعْتَرَفَ ، فَقَتَلَهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَاةَ التَّهْمَا ، بَحَثَ
عَنْهَا ، فَإِنْ لَمْ تَثْبُتْ عَدَاةُ التَّهْمَا ، قَالَ لِلْمُدَّعِي : زِدْنِي شَهِودًا . وَإِنْ لَمْ ^(٥٦) تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
عَرَفَهُ الْحَاكِمُ أَنَّ لَكَ يَمِينَهُ . وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ
حَقٌّ لَهُ ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهَا مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَةٍ مُسْتَحَقَّهَا ، كَنَفْسِ الْحَقِّ . فَإِنْ اسْتَحْلَفَهُ مِنْ
غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، أَوْ بَادَرَ الْمُنْكَرُ فَحْلَفَ ، لَمْ يُعْتَدَ بِيَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهَا فِي غَيْرِ وَقْتِهَا . وَإِذَا
سَأَلَهَا ^(٥٧) الْمُدَّعِي ، أَعَادَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْأُولَى لَمْ تَكُنْ يَمِينَهُ . وَإِنْ أَمْسَكَ الْمُدَّعِي عَنْ
إِخْلَافِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَرَادَ إِخْلَافَهُ بِالْدَّعْوَى الْمُتَقَدِّمَةِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسْقِطْ حَقَّهُ
مِنْهَا ، وَإِنَّمَا أَخَّرَهَا . وَإِنْ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْيَمِينِ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا فِي هَذِهِ الدَّعْوَى ،
وَلَهُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالْإِبْرَاءِ مِنَ الْيَمِينِ . فَإِنْ اسْتَأْنَفَ الدَّعْوَى ،
فَأُنْكَرَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يُحْلِفَهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى غَيْرُ الدَّعْوَى الَّتِي أَبْرَأَ فِيهَا مِنَ
الْيَمِينِ ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي أَنْ يُحْلِفَهُ يَمِينًا أُخْرَى ، لِأَنَّ هَذَا
الْمَجْلِسَ ، وَلَا فِي غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ لِمَا جَمَاعَةٍ فَرَضُوا بِيَمِينٍ وَاحِدٍ ، جَازَ ، وَسَقَطَتْ
دَعْوَاهُمْ بِالْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهَا حَقُّهُمْ ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثُبُوتُ الْحَقِّ بَيِّنَةٌ وَاحِدَةٌ لِمَا جَمَاعَةٍ ، جَازَ
سُقُوطُهُ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ حَتَّى يُحْلِفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا .
وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي حَقِّ الْوَاحِدِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهَا
اِثْنَانِ ، صَارَتِ الْحُجَّةُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَاقِصَةً ، وَالْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ لَا تَكْمُلُ بِرَضَى
الْخَصْمِ ، كَمَا لَوْ رَضَى أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ،

(٥٥) سقط من : ب .

(٥٦) سقط من : م .

(٥٧) في الأصل : « سَأَلَهُ » .

فإذا رَضِيََا به ، جازَ ، ولا يُلْزَمُ مِنْ رِضَاهُمَا يَمِينٍ واحدةٍ ، أن يكونَ لكلِّ واحدٍ بعضُ
 اليمينِ ، كما أنَّ الحقوقَ إذا قامتْ بها بَيِّنَةٌ واحدةٌ ، لا يكونَ لكلِّ حقٍّ بعضُ البَيِّنَةِ ، فأما إن
 حلفَهُ لجميعِهِم يَمِينًا واحدةً بغيرِ / رِضَاهُم ، لم تَصِحَّ يَمِينُهُ . بلا خِلافٍ نَعْلَمُهُ . وقد
 حَكَى الإِصْطَحَارِيُّ ، أنَّ إِسْمَاعِيلَ بْنَ إِسْحَاقَ الْقَاضِي ، حَلَفَ رَجُلًا بِحَقِّ لِرَجُلَيْنِ يَمِينًا
 واحدةً ، فخطَّاهُ أَهْلُ عَصْرِهِ^(٥٨) . وإن قال المُدَّعَى : لى بَيِّنَةٌ غائِبَةٌ . قال له الحَاكِمُ : لك
 يَمِينُهُ ، فإن شِئْتَ فاستَحْلِفْهُ ، وإن شِئْتَ أَخْرُتْهُ إِلَى أن تُحْضِرَ بَيِّنَتَكَ ، وليس لك مُطَالَبَتُهُ
 بِكَفِيلٍ ، ولا مُلَازِمَتُهُ حَتَّى تُحْضِرَ البَيِّنَةَ . نصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لقَوْلِ
 رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ »^(٥٩) . فإن أَحْلَفَهُ^(٦٠) ، ثم
 حَضَرَتْ بَيِّنَتُهُ ، حَكَمَ بِهَا ، ولم تَكُنِ الْيَمِينُ^(٦١) مُزِيلَةً لِلْحَقِّ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهَا
 عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ ، فإذا وَجَدْتَ الْبَيِّنَةَ بَطَلَتِ الْيَمِينُ ، وَبَيَّنَّ كَذِبُهَا . وإن قال : لى بَيِّنَةٌ
 حَاضِرَةٌ ، وأريدُ يَمِينَهُ ثم أَقِيمُ بَيِّنَتِي . لم يَمْلِكْ ذَلِكَ . وقال أَبُو يَوْسُفَ : يَسْتَحْلِفُهُ ، وإن
 نَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ فِي الِاسْتِحْلَافِ فَائِدَةً ، وهو أَنَّهُ رُبَّمَا نَكَلَ ، فَقَضَى عَلَيْهِ ، فَأَغْنَى
 عَنِ الْبَيِّنَةِ . ولَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » .
 و « أَوْ » لِلتَّخْيِيرِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ ، فلا يكونُ لَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، ولأنَّهُ أَمْكَنُ فَضْلُ الْخُصُومَةِ
 بِالْبَيِّنَةِ ، فلم يُشْرَعْ غَيْرُهَا مَعَ إِرَادَةِ الْمُدَّعَى إِقَامَتَهَا وَحُضُورَهَا ، كما لو^(٦٢) لم يَطْلُبْ^(٦٣)
 يَمِينَهُ ، ولأنَّ الْيَمِينَ بَدَلٌ ، فلم يَجِبِ الْجَمْعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مُبَدِّلِهَا ، كَسَائِرِ الْأَبْدَالِ مَعَ
 مُبَدَّلَاتِهَا . وإن قال المُدَّعَى : لا أريدُ إِقَامَتَهَا ، وَإِنَّمَا أريدُ يَمِينَهُ أَكْتَفَى بِهَا . اسْتَحْلِفْ ؛ لِأَنَّ
 الْبَيِّنَةَ حَقَّهُ ، فإذا رَضِيَ بِإِسْقَاطِهَا ، وَتَرَكَ إِقَامَتَهَا ، فله ذَلِكَ ، كَنَفْسِ الْحَقِّ . فإن حَلَفَ
 المُدَّعَى عَلَيْهِ ، ثم أَرَادَ المُدَّعَى إِقَامَةَ بَيِّنَتِهِ ، فهل يَمْلِكُ ذَلِكَ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، له ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تَبْطُلُ بِالِاسْتِحْلَافِ ، كما لو كانتْ غَائِبَةً . والثَّانِي ، ليس

(٥٨) انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥٩) تقدم تحريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(٦٠) فى ب : « حلفه » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢-٦٣) فى الأصل : « بطلت » .

له ذلك ؛ لأنه قد أسقط حقه من إقامتها ، ولأن تجويز إقامتها يفتح باب الحيلة ، لأنه يقول : لا أريد إقامتها . ليخلف خصمه ، ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد / في الأموال ، عرفه الحاكم أن له أن يخلف مع شاهده ، ويستحق ، فإن قال : لا أخلف أنا ، وأرضى بيمينه . استخلف له ^(٦٣) ، فإذا حلف ، سقط الحق عنه ، فإن عاد المدعى بعدها ، وقال : أنا أخلف مع شاهدي . لم يستخلف ، ولم يسمع منه . ذكره القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن اليمين فعله وهو قادر عليها ، فأمكنه أن يسقطها ، بخلاف البيعة . وإن عاد قبل أن يخلف المدعى عليه ، فبذل اليمين ، فقال القاضي : ^(٦٤) لم يكن ^(٦٤) له ذلك في هذا المجلس . وكل موضع قلنا : يستخلف المدعى عليه . فإن الحاكم يقول له : إن حلفت ، وإلا جعلتك ناكلاً ، وقضيت عليك . ثلاثاً ، فإن حلف ، وإلا حكم عليه بنكوله إذا سأل المدعى ذلك . فإن سكنت عن جواب الدعوى ، فلم يقر ولم يترك ، حبسه الحاكم حتى يجيب ، ولا يجعله بذلك ناكلاً . ذكره القاضي ، في « المجرد » . وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت ، وإلا جعلتك ناكلاً ، وحكمت عليك . ويكرر ذلك عليه ثلاثاً ^(٦٥) ، فإن أجاب وإلا جعله ناكلاً ، وحكم عليه ؛ لأنه ناكِلٌ عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه ، كاليمين .

١٨٧٤ - مسألة ، قال : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ، فكتب بإفاد القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق)

الأصل ^(١) في كتاب القاضي إلى القاضي ، والأمير إلى الأمير ، الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنِّي الْفَيْ إِلَى كِتَابٍ كَرِيمٍ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * أَلَا تَعْلَمُونَ أَنِّي وَأُتُونِي مُسْلِمِينَ ﴾ ^(٢) . وأما السنة ، فإن

(٦٣) في الأصل : هـ ، هـ .

(٦٤) - (٦٤) في م : ليس .

(٦٥) سقط من : ب ، م .

(١) قبل هذا في م زيادة : هـ ، ثم .

(٢) سورة النمل ٢٩ - ٣١ .

و ٣٤/١١
النَّبِيِّ ﷺ كَتَبَ إِلَى كِسْرَى ، وَقَيْصَرَ ، وَالتَّجَاشِيَّ ، وَمُلُوكِ الْأَطْرَافِ ، وَكَانَ يَكْتُبُ إِلَى
وَلَاتِهِ ، وَيَكْتُبُ لِعُمَلَاءِهِ وَسُعَاتِهِ ، وَكَانَ فِي كِتَابِهِ / إِلَى قَيْصَرَ : « بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ . مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ، إِلَى قَيْصَرَ عَظِيمِ الرُّومِ ، أَمَّا بَعْدُ ، فَأَسْلِمَ تَسْلِمًا ، وَأَسْلِمَ
يُوتِكَ اللَّهُ أَجْرًا عَظِيمًا ، فَإِنْ تَوَلَّيْتَ ، فَإِنَّ عَلَيْكَ إِثْمَ الْأَرِيسِيِّينَ ^(٣) » ، وَ « يَا هَلْ الْكِتَابُ
تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ » ^(٤) . وَرَوَى الضَّحَّاكُ بْنُ سَفْيَانَ ، قَالَ : كَتَبَ
إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « أَنْ وَرِثَ امْرَأَةٌ أَشِيمَ الضَّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا » ^(٥) . وَأَجْمَعَتِ
الْأُمَّةُ عَلَى كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى قَبُولِهِ دَاعِيَةٌ ، فَإِنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَلَدٍ
غَيْرِ بَلَدِهِ ، لَا ^(٦) يُمَكِّنُهُ إِثْيَانُهُ ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ ، إِلَّا بِكِتَابِ الْقَاضِي ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ . إِذَا ثَبَتَ
هَذَا ، فَإِنَّ كِتَابَ الْقَاضِي ^(٧) إِلَى الْقَاضِي ^(٧) يُقْبَلُ فِي الْأُمُورِ ، وَمَا يَقْصُدُ بِهِ الْمَالُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي
الْحُدُودِ ، لِحَقِّ ^(٨) اللَّهِ تَعَالَى . وَهَلْ يُقْبَلُ فِيمَا عَدَا هَذَا ؟ عَلَى رَجُلَيْنِ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمِيٍّ ، مِنْ الْجِرَاجِ وَغَيْرِهَا ، وَهَلْ
يُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يُذَكَّرُ فِي الشَّهَادَةِ
عَلَى الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالْكِتَابُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكْتُبَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ،
وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَحْكُمَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَيَغِيبَ ^(٩) قَبْلَ إِيْفَائِهِ ، أَوْ يَدَّعِيَ حَقًّا عَلَى غَائِبٍ ،
وَيُقِيمَ بِهِ بَيِّنَةً ، وَيَسْأَلُ الْحَاكِمَ الْحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَيَحْكُمَ عَلَيْهِ ، وَيَسْأَلُهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا

(٣) أَى : إِثْمُ الْفَلَاحِينَ وَالزَّارِعِينَ ، أَى : إِثْمُ رَعِيَّتِهِ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٦٤ .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ دَعَاءِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسِّيرِ ، وَفِي : بَابِ :
« إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنَ مِنْهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ... » ، فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٥٣/٥٧ ، ٤٢/٦ ، ٤٥-٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى هِرْقَلٍ يَدْعُوهُ إِلَى الْإِسْلَامِ ، وَبَابِ
كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى مُلُوكِ الْكُفَّارِ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٣٩٣ ، ١٣٩٤ ،
١٣٩٧ .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٨٥/٩ .

(٦) فِي م : « وَلَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي م : « كَحَقِّ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فَيَبِيعُ » .

يَحْمِلُهُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْغَائِبُ ، فَيَكْتُبُ لَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ تَقَوْمُ الْبَيْتَةِ عَلَى حَاضِرٍ ،
 فِيهِرَبُ قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْأَلُ صَاحِبَ الْحَقِّ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ ، وَأَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا
 بِحُكْمِهِ . فَفِي هَذِهِ الصُّورِ الثَّلَاثِ ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ إِجَابَتُهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، وَيَلْزَمُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ
 قَبُولُهُ ، سَوَاءٌ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ بَعِيدَةٌ أَوْ قَرِيبَةً ، حَتَّى لَوْ كَانَا فِي جَانِبَيْ بَلَدٍ أَوْ مَجْلِسٍ ، لَزِمَهُ
 قَبُولُهُ وَإِمضَاؤُهُ ، سَوَاءٌ كَانَ حُكْمًا عَلَى حَاضِرٍ أَوْ غَائِبٍ . / لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ
 الْحَاكِمِ يَجِبُ إِمضَاؤُهُ عَلَى كُلِّ حَاكِمٍ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَ يُعْلِمُهُ ^(١٠) بِشَهَادَةِ
 شَاهِدَيْنِ عِنْدَهُ بِحَقِّ فُلَانٍ ، مِثْلَ أَنْ تَقَوْمُ الْبَيْتَةِ عِنْدَهُ بِحَقِّ لَرَجِلٍ عَلَى آخَرٍ ، وَلَمْ يَحْكَمْ بِهِ ،
 فَيَسْأَلُهُ ^(١١) صَاحِبُ الْحَقِّ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِمَا حَصَلَ عِنْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَكْتُبُ لَهُ أَيْضًا . قَالَ
 الْقَاضِي : وَيَكُونُ فِي كِتَابِهِ : شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا . لِيَكُونَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ هُوَ
 الَّذِي يَقْضِي بِهِ ، وَلَا يَكْتُبُ : ثَبَّتْ عِنْدِي ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ثَبَّتْ عِنْدِي . حُكْمٌ بِشَهَادَتِهِمَا ،
 فَهَذَا لَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، إِلَّا فِي الْمَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ ، الَّتِي هِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ ، وَلَا يَقْبَلُهُ ^(١٢)
 فِيمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلُ شَهَادَةٍ ^(١٣) ، فَاعْتَبِرْ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَنَحْنُ هَذَا
 قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ فِي بَلَدِهِ . وَحُكْمِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
 مِثْلُ هَذَا . وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِهِ : الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، ^(١٤) إِلَّا لَا
 يَجُوزُ ^(١٥) ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَاحْتَجَّ مَنْ أَجَازَهُ بِأَنَّهُ كِتَابُ الْحَاكِمِ بِمَا ثَبَّتَ عِنْدَهُ ،
 فَجَازَ قَبُولُهُ مَعَ الْقُرْبِ ، كَكِتَابِهِ بِحُكْمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ إِلَى الْمَكْتُوبِ
 إِلَيْهِ ^(١٥) ، فَلَمْ يَجْزْ مَعَ الْقُرْبِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ كِتَابَهُ بِالْحُكْمِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ
 لَيْسَ بِنَقْلِ ، وَإِنَّمَا هُوَ خَبَرٌ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ
 بِالْحَقِّ الَّذِي حَكَّمَ عَلَيْهِ بِهِ ، فَيُبْعَثُ إِلَيْهِ ، فَيَسْتَدْعِيهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ ، أَمَرَهُ

(١٠) فِي ب ، م : « يَعْلَمُهُ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « فَسْأَلُهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَقْبَلُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « شَهَادَتُهُ » .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م . نَقَلَ نَظَرَ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بأدائه ، وألزمه إياه . وإن قال : لست المُسمَّى في هذا الكتاب . فالقول قوله مع يمينه ،
إلا أن يُقيم المُدعى بَيِّنَةً أَنَّهُ المُسمَّى في الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسْمُهُ ،
والتَّسْبِيبُ نَسْبُهُ ، والصفَةُ صِفَتُهُ ، / إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يُشاركه في ٣٥/١١
الاسم والتَّسْبِيب والصفَةُ ، فالقول قول المُدعى في نفي ذلك ؛ لأن الظاهر عَدَمُ المُشاركة في
هذا كله ، فإن أقام المُدعى عليه بَيِّنَةً بما ادَّعاه من وجود مُشارك له في هذا كله ، أخضره
الحاكم ، وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ، ألزمه به ، وتخلَّص الأَوَّل ، وإن أنكره ، وقَفَ
الحُكْمَ ، ويكتُبُ^(١٦) إلى الحاكم الكاتب يُعلِّمُه الحال ، وما وقع من الإشكال ، حتى
يُخضِرَ الشَّاهِدَين ، فيشهدا عنده بما يتميَّز به المشهود عليه منهما . وإن ادَّعى المُسمَّى
أنه كان في البلد من يُشاركه^(١٧) في الاسم والصفَةُ ، وقد مات ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان موته قبل
وقوع المُعاملة التي وقع الحُكْمُ بها ، أو كان ممن لم يُعاصِرْه المَحْكُومُ عليه ، أو المحكوم
له ، لم يقع إشكال ، وكان وجوده كَعَدَمِهِ . وإن كان موته بعد الحُكْمِ ، أو بعد المُعاملة ،
وكان ممن أمكن أن تُجرى بينه وبين المحكوم له مُعاملة ، فقد وقع الإشكال ، كما لو كان
حيًّا ؛ لجواز أن يكون الحق على الذي مات .

فصل : وإذا كتب الحاكم بَيِّنَةً ، أو إقرارًا بَدِين ، جاز ، وحكم به المكتوب
إليه ، فأخذ^(١٨) المحكوم عليه به ، وإن كان ذلك عَيْنًا ؛ كعقارٍ مَحْدُودٍ ، أو عَيْنٍ مشهودة ،
لا تُشْتَبِهُ بغيرها ، كعبدٍ معروفٍ مشهورٍ ، أو دابةٍ كذلك ، حكم به المكتوب إليه أيضًا ،
وألزم تسليمه إلى المحكوم له به ، وإن كان عَيْنًا لا تتميَّز إلا بالصفَةُ ، كعبدٍ غيرٍ مشهورٍ^(١٩) ،
أو غيره من الأغنياء التي لا تتميَّز إلا بالوصف ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يقبل كتابه .
وبه قال أبو حنيفة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن الوصف لا يكفي ،
بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتَّحْلِيلِ ، كذلك المشهود به . والثاني ،

(١٦) في ب ، م : : وكتب .

(١٧) في الأصل : : شاركه .

(١٨) سقطت الفاء من : ب ، م .

(١٩) في ب ، م : : مشهود .

يجوز ؛ لأنه ثبت في الذمة بالعقد / على هذه الصفة ، فأشبه الدين ، ويُخالف المشهود له ، فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية ، فكذلك المشهود به . فعلى هذا الوجه ، يُنفذ العين محتومة ، وإن كان عبداً أو أمة ختم في عنقه ، وبعته إلى القاضي الكاتب ، ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عليه ، دُفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ، أو قال : المشهود به غير هذا . وجب على آخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المعصوب في ضمانه ، وضمان نقصه ومنفعته ، فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه ^(٢٠) ، إلى أن يصل إلى صاحبه ؛ لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

فصل : ومتى ^(٢١) استوفى الحق من المحكوم عليه ، فقال ^(٢٢) للحاكم عليه : اكتب لي ^(٢٣) محضراً بما جرى ؛ لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر ، فيطاليني به مرة أخرى . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تلزمه إجابته ؛ ليخلص من المخدور الذي يخافه . والثاني ، لا تلزمه ؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده ، أو حكم به ، فأما استئناف ابتداء ، فيكفيه فيه الإشهاد ، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ؛ لأن الحق ثبت عليه بالشهادة . والأول أصح ؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ، ويخاف الضرر بدون المحضر ، فأشبه ما حكم به ابتداء . وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق ، لم يلزمه دفعه إليه ؛ لأنه ملكه ، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره . وكذلك كل من له كتاب بدين ، فاستوفاه ، أو عقار فباعه ، لا يلزمه دفع الكتاب ؛ لأنه ملكه ؛ ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقاً ، فيعود إلى ماله .

فصل : ويقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر ، وإلى قاضي قرية ، ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية ، وقاضي مصر . ومن القاضي إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ؛ لأنه

(٢٠) في ب : « يأخذه » .

(٢١) في الأصل ، م : « ومن » .

(٢٢) أى : المحكوم عليه .

(٢٣) سقط من : الأصل .

٣٦/١١ وكتاب / من قاضي إلى قاضي ، فأشبهه مالو استنويا . ويجوز أن يكتب إلى قاضي معين ، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم ، من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله . وهذا قال أبو ثور . واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب إلى غير معين . ولنا ، أنه كتاب حاكم من ولايته ، وصل إلى حاكم ، فلزمه قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه .

فصل : وصيفة الكتاب : بسم الله الرحمن الرحيم . سبب^(٢٤) هذه المكاتب^(٢٥) ، أطل الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أنه ثبت عندى في مجلس حكمي وقضائي ، الذى أتولاه بمكان كذا . وإن كان نائباً ، قال : الذى أنوب فيه عن القاضى فلان ، بمحضر من خصمين ؛ مدع ، ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندى ، عرفتهما ، وقيلت شهادتهما ، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني ، بعينه واسمه ونسبه . فإن كان في إثبات أسر أسير قال : وإن الفرنج ، خذلهم الله ، أسروه^(٢٥) من مكان^(٢٥) كذا ، في وقت كذا ، وأخذوه إلى مكان كذا ، وهو مقيم تحت حوطتهم ، أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ، ليس له شيء من الدنيا ، ولا يقدر على فكائك نفسه ، ولا على شيء منه ، وأنه مستحق للصدقة ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه ، المتصل أوله بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بكذا . وإن كان في إثبات دين كتب : وأنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني - ويرفع في نسبه ، ويصفه بما يتميز به - من الدين كذا وكذا ، ديناً عليه حالاً ، وحقاً واجباً لازماً ، وأنه يستحق مطالبته - واستيفاءه منه . وإن كان / في إثبات عين ، كتب : وأنه مالك لما في يدى فلان من الشيء الفلاني - ويصفه صفة يتميز بها - مستحق لأخذه وتسليمه^(٢٦) ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران :

(٢٤-٢٤) في م : « هذا الكتاب » .

(٢٥-٢٥) في م : « بمكان » .

(٢٦) في الأصل : « وتسلمه » .

إنَّهما بما شَهِدَا به عالِمان ، وله مُحَقِّقان ، وإنَّهما لا يَعْلَمان خِلافَ ما شَهِدَا به إلى حينَ أقاما الشَّهادةَ عِنْدِي ، فأَمْضَيْتُ ما ثَبَتَ عِنْدِي مِنْ ذلك ، وَحَكَمْتُ بِمُوجِبِهِ بِسُؤَالِ مَنْ جازَتْ مسائلُهُ ، وسألَنِي مَنْ جازَ سِوَالُهُ ، وَسَوَّغَتِ الشَّرِيعَةُ المَطْهَرَةَ إِجابَتَهُ المِكاتِبَةَ بِذلك إلى القُضاةِ والحُكَّامِ ، فأَجَبْتُهُ ^(٢٧) إلى مُلْتَمَسِهِ ؛ لِحِجَاوِزِهِ لَهُ شَرْعًا ، وتَقَدَّمْتُ بِهذا الكِتابِ فَكُتِبَ ، وبِإِلْصاقِ المَحْضَرِ المُشارِ إِلَيْهِ فَالْصِيقَ ، فَمَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ ^(٢٨) مِنْهُمْ ، وتَأَمَّلَ ما ذَكَرْتُهُ ، وتَصَفَّحَ ما سَطَرْتُهُ ، واعْتَمَدَ في إِنْفاذِهِ والعَمَلِ بِمُوجِبِ ما يُوجِبُهُ الشَّرْعُ المَطْهَرُ ، أَحْرَزَ مِنَ الأَجْرِ أَجْزَلَهُ . وَكُتِبَ مِنْ مَجْلِسِ الحُكْمِ المَحْرُوسِ ، مِنْ مِكانٍ كذا ، في وَقْتٍ كذا . ولا يُشْتَرَطُ أَنْ يَذْكَرَ القاضِي اسْمَهُ في العُنوانِ ، ولا يَذْكَرُ اسْمَ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ في باطنِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إذا لم يَذْكَرْ اسْمَهُ ، فلا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الكِتابَ لَيْسَ إِلَيْهِ ، ولا يَكْفِي ذِكْرُ اسْمِهِ في العُنوانِ دونَ باطنِهِ ؛ لأنَّ ذلكَ لم يَقَعْ على وَجْهِ المُخاطَبَةِ . ولنا ، أَنَّ المُعَوَّلَ فِيهِ على شَهادَةِ الشَّاهِدَيْنِ على القاضِي الكاتِبِ بِالْحُكْمِ ، وَذلكَ لا يَقْدَحُ فِيها ^(٢٩) ، ولو ضاعَ الكِتابُ أو امْتَحَى ، سُمِعَتْ شَهادَتُهُما ، وَحُكِمَ بِها .

١٨٧٥ - مسألة ، قال : (وَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَقُولَانِ : قَرَأَهُ عَلَيْنَا ، أَوْ قَرِئَ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِنَا ، فَقَالَ : أَشْهَدُ عَلَى أَنَّهُ كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ)

وجملته أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لِقَبُولِ كِتابِ القاضِي شُرُوطُ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُها ، أَنْ يَشْهَدَ بِهِ شاهِدانِ عَدْلانِ ، ولا يَكْفِي مَعْرِفَةُ المَكْتُوبِ / إِلَيْهِ خَطُّ الكاتِبِ ، وَخَتْمُهُ ، ولا يَجُوزُ لَهُ قَبُولُهُ بِذلك ، في قولِ أَثَمَةَ الفَتَوَى . وَحِكْيَ عَنِ الحَسَنِ ، وَسَوَّارٍ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، أَنَّهُمْ قالُوا : إذا كانَ يَعْرِفُ خَطَّهُ وَخَتْمَهُ ، قَبْلَهُ . وهو قولُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالإِصْطَحْرِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ لِنائِمَتِهِ بِناءً على قولِهِ في الوَصِيَّةِ إذا وُجِدَتْ بِخَطِّهِ ؛ لأنَّ ذلكَ تَحْصِيلُ بِهِ غَلَبَةُ الظَّنِّ ، فَأَشْبَهَ شَهادَةَ

(٢٧) في ب ، م : « فأوجبه » .

(٢٨) في م : « عليهم » .

(٢٩) سقط من : الأصل ، ب .

الشَّاهِدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا امْتَكَنَ إثباته بالشَّهادة ، لم يُجْزِ الاقتصارُ فيه على الظَّاهر ، كإثباتِ العقودِ ؛ ولأنَّ الحَظَّ يُشْبِهُ الحَظَّ ، والحَتْمُ يُمَكِّنُ التَّزْوِيرَ عليه ، ويُمكنُ الرُّجوعُ إلى الشَّهادةِ ، فلم يُعَوَّلْ على الحَظِّ ، كالشَّاهد لا يُعَوَّلُ في الشَّهادةِ على الحَظِّ ، وفي هذا انفصالٌ عما ذكروه . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ القاضِيَ إذا كَتَبَ الكتابَ ، دَعَا رَجُلَيْنِ يَخْرُجَانِ إلى البَلَدِ الَّذِي فِيهِ القاضِيَ المَكْتُوبُ إليه ، فيَقْرَأُ عليهما ^(١) الكتابَ ، أو يَقْرؤُهُ غَيْرُهُ عليهما ، والأخوطينَ أَنْ يَنْظُرَا معه فيما يَقْرؤُهُ ، فإن لم يَنْظُرَا ، جازَ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَسْتَفْرِئُ إِلَّا نِقَّةً ، فإذا قُرِئَ عليهما قالَ : اشْهَدَا ^(٢) علىَّ أَنَّ هَذَا كِتَابِي إلى فُلَانٍ . وإن قالَ : اشْهَدَا علىَّ بما فيه . كان أَوْلَى ، وإن اقْتَصَرَ على قولِهِ : هَذَا كِتَابِي إلى فُلَانٍ . فظَاهِرٌ كَلَامُ الحَرْقِيِّ أَنَّهُ لَا يُجْزِئُ ؛ لَأَنَّهُ يُحْمَلُهُمَا الشَّهادةُ ، فاعتَبِرَ فِيهِ أَنْ يَقُولَ : اشْهَدَا علىَّ . كالشَّهادةِ على الشَّهادةِ . وقال القاضِي : يُجْزِئُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ . ثم إن كان ما في الكتابِ قَلِيلًا ، اعْتَمَدَا ^(٣) على حِفْظِهِ ، وإن كَثُرَ فلم يَقْدِرَا على حِفْظِهِ ، كَتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونَهُ ، وقَابَلَ بِهَا لِتَكُونَ معه ، يَذْكُرُ بِهَا مَا يَشْهَدُ بِهِ ، وَيَقْبِضَانِ ^(٤) الْكِتَابَ قَبْلَ أَنْ يَغْيِيَا ؛ لِئَلَّا يَذْفَعَ إِلَيْهِمَا غَيْرُهُ ، فإذا وَصَلَ الْكِتَابُ مَعَهُمَا إِلَيْهِ ، قرَأَهُ الْحَاكِمُ أو غَيْرُهُ عليهما ، فإذا سَمِعَاهُ قَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا ^{٣٧/١١} كِتَابُ فُلَانٍ الْقاضِيَ إِلَيْكَ ، أَشْهَدْنَا على نَفْسِهِ بما فيه . لَأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ / كِتَابُهُ غَيْرَ الَّذِي أَشْهَدَهُمَا عَلَيْهِ . قال أَبُو الحَظَّابِ : وَلَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَقُولَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ . لِأَنَّهَا أَدَاءُ شَهَادَةٍ ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ لَفْظِ الشَّهادةِ . وَيَجِبُ أَنْ يَقُولَا : مِنْ عَمَلِهِ . لِأَنَّ الْكِتَابَ لَا يُقْبَلُ إِلَّا إِذَا وَصَلَ مِنْ مَجْلِسِ عَمَلِهِ . وَسَوَاءٌ وَصَلَ الْكِتَابُ مَحْتُمًا أو غَيْرَ مَحْتُمٍ ، مَقْبُولًا أو غَيْرَ مَقْبُولٍ ؛ لِأَنَّ الِاعْتِمَادَ على شَهَادَتِهِمَا ، لَا على الحَظِّ والحَتْمِ . فَإِنْ امْتَحَنَ الْكِتَابُ ، وَكَانَا يَحْفَظَانِ مَا فِيهِ ، جازَ لهما أَنْ يَشْهَدَا بِذَلِكَ ، وإن لم يَحْفَظَا مَا فِيهِ ، لم تُمَكِّنْهُمَا الشَّهادةُ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : لَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ حَتَّى يَشْهَدَا شَاهِدَانِ على حَتْمِ الْقاضِي . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ كِتَابًا إلى قَيْصَرَ ، وَلَمْ يَحْتِمْهُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُ لَا يَقْرَأُ كِتَابًا غَيْرَ

(١) في الأصل : « عليه » .

(٢) في الأصل : « اشهدوا » .

(٣) في ب ، م : « اعتمد » .

(٤) في الأصل ، أ : « ويفتضان » .

مَحْتَوَمٌ . فَأَتَّخَذَ الْخَاتَمَ ^(٥) . واقتصاره على الكتابِ دونَ الختمِ ، دليلٌ على أنَّ الختمَ ليس بشرطٍ في القبولِ ، وإنَّما فعله النبيُّ ﷺ ليقرأوا كتابه ، ولأنَّهما شهدا بما في الكتابِ وعرفا ما فيه ، فوجبَ قبولُهُ ، كما لو وصلَ محتوماً وشهدا بالختمِ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه إنما يُعْتَبَرُ ضبطُهما المعنى الكتابِ ، وما يتعلَّقُ به الحكمُ . قال الأثرمُ : سمعتُ أبا عبد الله يُسألُ عن قومٍ شهدوا على صحيفةٍ ، وبعضهم ينظرُ فيها ، وبعضهم لا ينظرُ ؟ قال : إذا حفظَ فليشهدْ . قيلَ : كيف يحفظُ ، وهو كلامٌ كثيرٌ ! قال : يحفظُ ما كان عليه الكلامُ والوضعُ . قلتُ : يحفظُ المعنى ؟ قال : نعم . قيلَ له : والحدودُ والتمنُّ وأشباهُ ذلك ؟ قال : نعم . ولو أدرجَ الكتابُ وختمه ، وقال ^(٦) : هذا كتابي ، أشهدا ^(٧) على ما فيه . أو قال ^(٨) : أشهدُكما على نفسي بما فيه . لم يصحَّ هذا التحمُّلُ . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيُّ . وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه ، جاز أن يتحمَّلا ^(٩) الشهادةَ عليه مُدرَجاً ، فإذا وصلَ الكتابُ شهدا عنده أنَّه كتابُ فلانٍ . ويتخرَّجُ لنا مثلُ هذا ؛ / لأنَّهما شهدا بما في الكتابِ ، فجاز ، وإن لم يعرفا ^(١٠) تفصيله ، كما لو شهدا ^(١١) بما في هذا الكيسِ من الدراهمِ ، جازتِ شهادتُهما ^(١٢) ، وإن لم يعرفا قدرها . ولنا ، أنَّهما شهدا بمجهولٍ لا يعلمانه ، فلم تصحَّ شهادتُهما ، كما لو شهدا أنَّ فلانٍ على فلانٍ مالاً . وفارقَ ما ذكره ، فإنَّ تعيينه الدراهمِ التي في الكيسِ أغنى عن معرفة قدرها ، وههنا الشهادةُ على ما في الكتابِ دونَ الكتابِ ، وهما لا يعرفانه . الشرطُ الثاني ، أن يكتبه القاضي من موضع ولايته وعمله ^(١٣) ، فإن كتبه من غير ولايته ، لم يسعُ قبولُهُ ؛ لأنَّه لا يسوغُ له في غير ولايته حكمٌ ، فهو فيه

٣٨/١١ و

(٥) انظر : ما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في اتخاذ الخاتم ، من كتاب الخاتم . سنن أبي داود ٤٠٥/٢ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) في الأصل : « اشهدوا » .

(٨) في ب ، م : « قد » .

(٩) في الأصل : « يتحمل » .

(١٠) في ب ، م : « يعلما » .

(١١) في م زيادة : « لرجل » .

(١٢) في م : « الشهادة » .

(١٣) في م : « وحكمه » .

كالعالمى . الشرط الثالث ، أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره ، لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته ، لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته ، إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا . ولو ترفع إليه خصمان ، وهو في موضع ولايته ، من غير أهل ولايته ، كان له الحكم بينهما ؛ لأن الاعتبار بموضعهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمتنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ؛ لأن الولاية بتوحيته ، فيكون الحكم على وفقها .

فصل : في تغيير حال القاضى : ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه ، أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب ، بموت أو عزل ، بعد أن كتب الكتاب ، وأشهد على نفسه ، لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله ، والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده ، أو بعده . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به في الحالين . وقال / أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده ، لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده ، عمل به ؛ لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة ^(١٤) على الشهادة ^(١٥) ، لأنه ينقل شهادة شاهدي الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب ، صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل أداء شهادتهما . ولنا ، أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه ، كالمو لم يموت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به ، فحكمه لا ينطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت ^(١٥) عنده بشهادة ، فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهدي الأصل ، وما ذكروه حجة عليهم ؛ لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه ، وهما حيان ، وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها ، كموت شاهدي الأصل . وإن تغيرت حاله

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) في الأصل : ثبت .

بِفَسْقٍ قَبْلَ الْحُكْمِ بِكُتَابِهِ ، لَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ بَعْدَ فُسْخِهِ لَا يَصِحُّ ، فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِكُتَابِهِ ، وَلِأَنَّ بَقَاءَ عَدَالَةِ شَاهِدِي الْأَصْلِ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْحُكْمِ بِشَاهِدِي الْفَرْعِ ، فَكَذَلِكَ بَقَاءُ عَدَالَةِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شَاهِدِي الْأَصْلِ . وَإِنْ فَسَقَ بَعْدَ الْحُكْمِ بِكُتَابِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، كَمَا لَوْ حُكِمَ بِشَيْءٍ ثُمَّ بَانَ فُسْخُهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْقُضُ مَا مَضَى مِنْ أَحْكَامِهِ ، كَهَذَا هُنَا . وَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ بِأَيِّ حَالٍ كَانَ ؛ مِنْ مَوْتٍ ، أَوْ عَزَلٍ ، أَوْ فَسْقٍ ، فَلَمَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْكِتَابُ مِمَّنْ قَامَ مَقَامَهُ ، قَبُولُ الْكِتَابِ ، وَالْعَمَلُ بِهِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ . حُكِيَ عَنْهُ أَنَّ قَاضِي الْكُوفَةِ كَتَبَ إِلَى إِيَّاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ قَاضِي الْبَصْرَةِ ^(١٦) كِتَابًا ، فَوَصَلَ وَقَدْ عَزَلَ ، وَوَلَّى الْحَسَنُ ، فَعَمِلَ بِهِ ^(١٧) . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَفْعَلُ بِهِ ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، / وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عِنْدَ قَاضٍ ، لَمْ يَحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا غَيْرُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُعْوَلَ عَلَى شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ ، بِحُكْمِ الْأَوَّلِ ، أَوْ ثُبُوتِ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ ، وَقَدْ شَهِدَ عِنْدَ الثَّانِي ، فَوَجَبَ أَنْ يَقْبَلَ كَالأَوَّلِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ شَهَادَةٌ عِنْدَ الَّذِي مَاتَ . لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ الْكَاتِبَ لَيْسَ بِفَرْعٍ ، وَلَوْ كَانَ فَرْعًا لَمْ يَقْبَلْ وَحْدَهُ ، وَإِنَّمَا الْفَرْعُ الشَّاهِدَانِ اللَّذَانِ شَهِدَا عَلَيْهِ ، وَقَدْ أَذْيَا الشَّهَادَةَ عِنْدَ الْمُتَجَدِّدِ ^(١٨) ، وَلَوْ ضَاعَ الْكِتَابُ ، فَشَهِدَا بِذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، قَبْلَ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْاِغْتِبَارَ بِشَهَادَتِهِمَا دُونَ الْكِتَابِ ، وَقِيَاسُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَوْ حَمَلَا الْكِتَابَ إِلَى غَيْرِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، وَشَهِدَا عِنْدَهُ ، عَمِلَ بِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ خَلِيفَةً لِلْكَاتِبِ ، فَمَاتَ الْكَاتِبُ ، أَوْ عَزَلَ ، أَوْ عَزَلَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ ، فَيَنْعَزِلُ ^(١٩) بِعَزْلِهِ وَمَوْتِهِ ، كَوُكُلَانِهِ ^(٢٠) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَنْعَزِلُ خَلِيفَتُهُ ، كَمَا لَا يَنْعَزِلُ الْقَاضِي الْأَصْلِيُّ بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَلَا عَزْلُهُ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَيُفَارِقُ الْإِمَامَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يَعْقُدُ الْقَضَاءَ وَالْإِمَارَةَ لِلْمُسْلِمِينَ ،

(١٦) في م زيادة : « كتب » .

(١٧) الخبر في : أخبار القضاة ، لوكيع ٨ / ٢ .

(١٨) في الأصل : « المجدد » .

(١٩) في الأصل : « فيعزل » .

(٢٠) في ب ، م ، « كولاته » .

فلا^(٢١) يَظُلُّ ماعقده لغيره ، كما لو مات الوليُّ في النكاح ، لم يَظُلِّ النكاحُ ، ولهذا ليس للإمام أن يعزَلَ القاضي من غير تَغْيِيرِ حاله ، ولا ينعزَلَ إذا عزَله ، بخلاف نائب الحاكم ، فإنه تَنَعَّدُ ولايته لنفسه نائباً عنه ، فملك عزله ، ولأنَّ القاضي لو انعزَلَ بموت الإمام ، لدَخَلَ الضَّرَرُ على المسلمين ؛ لأنَّه يُفَضَّى إلى عزَلِ القضاة في جميع بلاد المسلمين ، وتَعَطَّلَ الأحكامُ ، وإذا ثبت أنَّه^(٢٢) ينعزَل ، فليس له قبول الكتاب ؛ لأنَّه حينئذ ليس بقاضي .

١٨٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ عَنْ أُعْجَمِيٍّ حَاكِمٍ^(١) إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعْرِفْ لِسَانَهُ ، إِلَّا مِنْ عَدَلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ)

وجملته / أنه إذا حاكم إلى القاضي العربيُّ أعجميَّان ، لا يعرف لسانهما ، أو أعجميٌّ وعربيٌّ ، فلا بُدَّ من مترجمٍ عنهما . ولا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهذا قال الشافعيُّ . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أنَّها تُقْبَلُ من واحد . وهو اختيار أبي بكرٍ عبد العزيز ، وابن المنذر ، وقول أبي حنيفة . وقال ابن المنذر ، في حديث زيد بن ثابت ، أنَّ رسول الله ﷺ أمره أن يتعلَّم كتابَ يهود . قال : فكنتُ أكتبُ له إذا كتب إليهم ، وأقرأه إذا كتبوا^(٢) . ولأنَّه ممَّا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ، فأجزأ فيه الواحد ، كأخبار الديانات . ولنا ، أنَّه نقل ما خفي على الحاكم إليه ، فيما تعلق بالمتخاصمين ، فوجب فيه العدد ، كالشهادة ، ويُفارق أخبار الديانات ؛ فإنَّها^(٣) لا تعلق بالمتخاصمين ، ولا تُسَلَّمُ أنَّه لا يُعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأنَّ ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كغييبته^(٤) ، فإذا ترجم له ، كان كنفيل الإقرار إليه من غير مجلسه ، ولا يُقْبَلُ ذلك إلا من شاهدين ، كذا هُنا . فعلى

(٢١) في ب ، م : « فلم » .

(٢٢) في م زيادة : « لا » .

(١) في م : « حاكم » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ترجمة الحكام ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩٤/٩ .

(٣) في الأصل ، ١ : « لأنها » .

(٤) في م : « كعدمه » .

هذه الرواية ، تكون الترجمة شهادة فتفتقر^(٥) إلى العدد والعدالة ، ويُعتبر فيها من^(٦) الشروط ما يُعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص ، اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مالا^(٧) كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تُعتبر الحرية فيه . وإن كان في حد زنى ، خُرج في الترجمة فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال أحرار عُدُول . والثاني ، يكفي فيه اثنان ؛ بناءً على الروايتين في الشهادة على الإقرار به^(٨) ، ويُعتبر فيه لفظ الشهادة ؛ لأنه شهادة . وإن قلنا : يكفي فيه واحد . فلا بُد من عدالته ، ولا تُقبل من كافر ولا فاسق . وتُقبل من العبد ؛ لأنه / من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تُقبل من العبد ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة . ولنا ، أنه خبر يكفي فيه قول الواحد ، فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولأنهم أن هذه شهادة ، ولأن العبد ليس من أهل الشهادة ، ولا يُعتبر فيه لفظ الشهادة ، كالرواية . وعلى هذا الأصل ينبغي أن تُقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة ؛ لأن روايتها مقبولة .

و ٤٠/١١

فصل : والحكم في التعريف ، والرسالة ، والجرح والتعديل ، كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى^(٩) .

١٨٧٧ - مسألة ، قال : (وَإِذَا غَزَلَ ، فَقَالَ : كُنْتُ حَكَمْتُ فِي وَلَايَتِي لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بِحَقِّ . قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَأَمْضِيَ ذَلِكَ الْحَقُّ)

وبهذا قال إسحاق . قال أبو الخطاب : ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ . وقول القاضي في فروع هذه المسألة يقتضي أن لا يُقبل قوله ههنا ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأن من لا يملك

(٥) في ١ ، ب ، م ، : « تفتقر » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في م : « مما لا يتعلق بها » .

(٨) انظر : المسألة ١٨٦٨ ، صفحة ٤٣ ، والمسألة ١٨٦٩ صفحة ٤٧ .

الحُكْمَ ، لا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ به ، كَمَنْ أَقْرَعَ يَعْتِقُ عَبْدٌ بَعْدَ بَيْعِهِ . ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ
الْأَوْزَاعِيُّ ، ^(٩) «وَابْنُ الْمُنْذِرِ» ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : هُوَ بِمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، إِذَا كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ
آخَرُ ، قَبْلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُقْبَلُ إِلَّا شَاهِدَانِ سِوَاهُ ، يَشْهَدَانِ بِذَلِكَ . وَهُوَ
ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ لَا تُقْبَلُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ كُتِبَ إِلَى غَيْرِهِ ،
ثُمَّ عُزِّلَ ، وَوَصَلَ الْكِتَابُ بَعْدَ عُزْلِهِ ، لَزِمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ قَبُولُ كِتَابِهِ بَعْدَ عُزْلِ كَاتِبِهِ ، فَكَذَلِكَ
هَهُنَا . وَلَئِنَّهُ أَخْبَرَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَيَجِبُ قَبُولُهُ ، كَحَالِ وَلَايَتِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَالَ فِي وَلَايَتِهِ : كُنْتُ حَكَمْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا . قَبْلَ قَوْلِهِ ، سَوَاءٌ قَالَ :
قَضَيْتُ عَلَيْهِ بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . أَوْ قَالَ : سَمِعْتُ بَيْنَتَهُ وَعَرَفْتُ عَدْلَتَهُمْ . أَوْ قَالَ : قَضَيْتُ
٤٠/١١ ظ عَلَيْهِ بُنْكَوْلَهُ . أَوْ قَالَ : أَقْرَعَ عِنْدِي فُلَانٌ لِفُلَانٍ بِحَقٍّ ، فَحَكَمْتُ بِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ . وَحُكِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ : أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حَتَّى يَشْهَدَ
مَعَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ ^(١١) «إِنْخِبَارٌ» بِحَقٍّ عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، لِأَنَّهُ ^(١٢) «قَوْلٌ وَاحِدٌ» ،
كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ ^(١٣) الْحُكْمَ ، فَمِلْكُ الإِقْرَارِ بِهِ ، كَالزَّوْجِ إِذَا أَخْبَرَ
بِالطَّلَاقِ ، وَالسَّيِّدِ إِذَا أَخْبَرَ بِالْعِتْقِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ أَخْبَرَ أَنَّهُ رَأَى كَذَا وَكَذَا ، فَحَكَمَ بِهِ ، قَبْلَ ،
كَذَا هَهُنَا ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ لَا يَمْلِكُ إِثْبَاتَ مَا أَخْبَرَ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ :
حَكَمْتُ بَعْلَمَى ، أَوْ بِالنُّكُولِ ، أَوْ بِشَاهِدٍ وَبِمَيْنِ ^(١٤) فِي الْأَمْوَالِ . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ أَيْضًا . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ . وَيَنْبِئُ قَوْلُهُ : حَكَمْتُ عَلَيْهِ ^(١٥) بَعْلَمَى .
عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ الْقَضَاءِ بَعْلَمَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ ، فَلَا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ بِهِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِيمَا لَوْ حَكَمَ بِهِ لَنَفَذَ حُكْمَهُ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالصُّورِ الَّتِي
تَقْدَمْتُ ، وَلَئِنَّهُ ^(١٥) «حَاكِمٌ» ، أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِي وَلَايَتِهِ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالَّذِي سَلَّمَهُ ، وَلَئِنْ

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في م : « عادل » .

(١١-١١) في م : « فيه إخبارا » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : « يحكم » .

(١٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٥) في ب : « ولا » . وفي م : « ولأن » .

الحاكم إذا حكم في مسألة ، يسوغ فيها الاجتهاد ، لم يسع نقض حكمه ، ولزم غيره إمضاؤه ، والعمل به ، فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولا نسلم ما ذكره . وإن قال : حكمت فلان على فلان بكذا . ولم يضيف حكمه إلى بيته ولا غيرها ، وجب قبوله . وهو ظاهر مسألة الخرقى ؛ فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد ، وجب قبوله ، وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

فصل : وإذا أخبر القاضى بحكمه في غير موضع ولأيته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول ، وخبره نافذ ؛ لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها في غير موضع ولأيته أولى . وقال القاضى : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع / ٤١/١١ قاضيان في غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر ، اجتمعا في بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده ، لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر^(١٦) بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله ؛ لأنه خبر من ليس بقاض في موضعه . وإن كانا جميعا في عمل أحدهما ، كأنهما اجتمعا جميعا في دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر ؛ لأنه يخبره به^(١٧) في غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر^(١٨) بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان ؛ بناء على القاضى ، هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ؛ لأن قاضى دمشق أخبره به في عمله . ومذهب الشافعى في هذا كقول القاضى ههنا .

فصل : إذا ولي الإمام قاضيا ، ثم مات ، لم ينزعزل ؛ لأن الخلفاء ، رضى الله عنهم ، ولوا حكاما في زمنهم ، فلم ينزعزلوا بموتهم ، ولأن في عزله بموت الإمام ضررا على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام ، وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكما ، وفيه ضرر عظيم . وكذلك لا ينزعزل القاضى إذا عزل الإمام ؛ لما ذكرنا .

(١٦) في ب : « صاحبه » .

(١٧) لم يرد في : الأصل .

(١٨) سقط من : م .

فَأَمَّا إِنْ عَزَلَهُ الْإِمَامُ الَّذِي وَلَّاهُ أَوْ غَيْرُهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا : لَا يَنْعَزِلُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلَهُ مَعَ سَدَادِ حَالِهِ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَى مُوَلِّيَّتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ فُسْخُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ عَزْلُهُ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عَمْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا عَزْلَ لَأَبَا مَرْثَمَ ^(١٩) ، وَأَوَّلَيْنِ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فَرَّقَهُ ^(٢٠) . فَعَزَلَهُ عَنْ قَضَاءِ الْبَصْرَةِ ، وَوَلَّى كَعْبَ بْنَ سُوَيْرٍ مَكَانَهُ ^(٢١) . وَوَلَّى عَلِيَّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أبا الْأَسْوَدِ ، ثُمَّ عَزَلَهُ ، فَقَالَ : لَمْ عَزَلْتَنِي ، وَمَا خُنْتُ ، وَلَا جَنَيْتُ ؟ فَقَالَ : إِنِّي رَأَيْتُكَ تَعْلُو كَلَامُكَ عَلَى الْخَصْمَيْنِ ^(٢٢) . وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَزْلَ / أَمْرَائِهِ وَوُلايَتِهِ عَلَى الْبُلْدَانِ ، فَكَذَلِكَ قَضَاتِهِ . وَقَدْ كَانَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يُوَلَّى وَيُعْزَلُ ، فَعَزَلَ شُرْحِبِيلَ بْنَ حَسَنَةَ عَنْ وِلايَتِهِ فِي الشَّامِ ، وَوَلَّى مُعَاوِيَةَ ، فَقَالَ لَهُ شُرْحِبِيلُ : أَمِنْ جُبْنِ عَزَلْتَنِي ، أَوْ خِيَانَةٍ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ لَا ، وَلَكِنْ أَرَدْتُ رَجُلًا أَقْوَى مِنْ رَجُلٍ . وَعَزَلَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ ، وَوَلَّى أبا عُبَيْدَةَ . وَقَدْ كَانَ يُوَلَّى بَعْضَ الْوَلَاةِ الْحُكْمَ مَعَ الْإِمَارَةِ ، فَوَلَّى أبا مُوسَى الْبَصْرَةَ قَضَاءً هَا وَإِمْرَةً هَا . ثُمَّ كَانَ يَعْزِلُهُمْ هُوَ ^(٢٣) ، وَمَنْ لَمْ يَعْزَلْهُ ، عَزَلَهُ عُثْمَانُ بَعْدَهُ إِلَّا الْقَلِيلَ مِنْهُمْ . فَعَزَلَ الْقَاضِيَ أَوَّلَى ، وَيُقَارِقُ عَزْلَهُ بِمَوْتِ مَنْ وَلَّاهُ أَوْ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَهَهُنَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْزَلُ قَاضِيًا حَتَّى يُوَلَّى آخَرَ مَكَانَهُ ، وَهَذَا لَا يَنْعَزِلُ الْوَالِي بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَيَنْعَزِلُ بَعْزُهُ . وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي عَزْلِهِ بِالْمَوْتِ أَيْضًا وَجْهَيْنِ ، وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، مَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْقَاضِي ؛ يَفْسُقُ ، أَوْ زَوَالَ عَقْلٍ ، أَوْ مَرَضٍ يَمْنَعُهُ مِنَ الْقَضَاءِ ، أَوْ اخْتَلَّ فِيهِ بَعْضُ شُرُوطِهِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِذَلِكَ ، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى الْإِمَامِ عَزْلُهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : ولِلإِمَامِ تَوَلِّيَةُ الْقَضَاءِ فِي بَلَدِهِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَّى عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ الْقَضَاءَ ^(٢٤) ، وَوَلَّى عَلِيًّا ^(٢٥) وَمُعَاذًا ^(٢٦) . وَقَالَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ لِابْنِ عَمَرَ : إِنَّ أَبَاكَ قَدْ كَانَ

(١٩) هُوَ إِيَّاسُ بْنُ صَبِيحٍ بْنِ مَحْرُشٍ الْحَنْفِيُّ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ، لَوَكْبِ ٢٦٩/١ .

(٢٠) فَرَقَهُ : خَافَهُ .

(٢١) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةِ ١٨ .

(٢٢) انْظُرْ : لِرِوَاءِ الْغَلِيلِ ٢٣٤/٨ .

(٢٣) انْظُرْ لِذَلِكَ كُلَّهُ : تَارِيخُ الطَّبَرِيِّ ٦٤/٤ - ٦٩ .

(٢٤) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ وَكَيْعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٠٥/١ .

(٢٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةِ ٦ .

(٢٦) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

يَقْضِي وَهُوَ خَيْرٌ مِنْكَ . قَالَ : إِنَّ أَيْ قَدْ كَانَ يَقْضِي ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، سَأَلَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ^(٢٧) . رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، فِي كِتَابِ « قَضَاءِ الْبَصَرَةِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ . قَالَ : جَاءَ خَصْمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : « يَا عَمْرُو ، اقْضِ بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوَّلِي بِذَلِكَ مَتَى يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « إِنَّ أَصَبْتَ الْقَضَاءَ بَيْنَهُمَا ، فَلَكَ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، / وَإِنْ أَخْطَأْتَ ، فَلَكَ حَسَنَةٌ » ^(٢٨) . وَعَنْ عَقِبَةَ بْنِ عَامِرٍ مِثْلَهُ ^(٢٩) . وَلَئِنْ الْإِمَامَ يَشْتَغِلُ بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ مِنْ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَا يَتَفَرَّغُ لِلْقَضَاءِ بَيْنَهُمْ . فَإِذَا وَلَّى قَاضِيًا ، اسْتَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ ، فَإِذَا أَذِنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ ، جَازَ لَهُ بِإِخْلَافٍ تَعْلَمُهُ ، وَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ بِإِذْنِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا نَهَاها عَنْهُ ، كَالْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَهُ الِاسْتِخْلَافُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ^(٣٠) ، كَالْوَكِيلِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا وَجْهَانِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْعَرَضَ مِنَ الْقَضَاءِ الْفَصْلُ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ ، جَازَ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لَهُ ، وَيُفَارِقُ التَّوَكِيلَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يُؤَلَّى الْقَضَاءَ لِلْمُسْلِمِينَ ، لَا لِنَفْسِهِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ^(٣١) ، فَإِنْ اسْتَخْلَفَ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ لَهُ الِاسْتِخْلَافُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَمْ يُؤَلَّ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُؤَلَّى قَاضِيًا عُمُومَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ ، فَيُقْلَدُهُ النَّظَرُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ فِي بِلَدِ بَعِيْنِهِ ، فَيَنْفُذُ حُكْمَهُ فِي مَنْ سَكَنَهُ ، وَمَنْ أَتَى إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سَكَّانِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقْلَدَهُ خُصُوصَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، فَيَقُولُ : قَدْ ^(٣٢) جَعَلْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ خَاصَّةً ، فِي جَمِيعِ وَلَايَتِي . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ حُكْمَهُ فِي قَدْرِ الْمَالِ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ :

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٨ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ، والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٨٨/٤ . والدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٣/٤ .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٦ .

(٣٠) أي : الإمام .

(٣١) في ب ، م ، : التوكيل .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

٤٢/١١ ظ المداينات ، وآخر النظر في العقارات^(٣٣) . ويجوز أن يؤلى عموم النظر في عموم العمل ، وخصوص النظر في خصوص العمل . ويجوز أن يؤلى قاضيين وثلاثة في بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملاً ، فيؤلى أحدهم عقود الأئحية ، والآخر الحكم في ناحية من نواحي البلد ، فإن قلد قاضيين أو أكثر عملاً واحداً ، في مكان واحد ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز . اختاره أبو الخطاب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات ، لأنهما يختلفان في الاجتهاد ، ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر . والآخر ، يجوز ذلك . وهو قول أصحاب أبي حنيفة . وهو أصح ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها ، فيكون فيها قاضيان ، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل الخصومات ، وإيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا يحصل ، فأشبه القاضي وخلفاءه^(٣٤) . ولأنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد ، فالإمام أولى ، لأن توليته أقوى . وقولهم : يقضى إلى إيقاف الأحكام^(٣٥) . غير صحيح ؛ فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ، ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

فصل : وإذا قال الإمام : من نظر في الحكم من فلان وفلان ، فقد وليته . لم تنعقد الولاية لمن نظر ؛ لأنه علقها على شرط ، ولم يعين بالولاية أحداً منهم . ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ؛ لأن النبي ﷺ قال : « أميركم زيد ، فإن قتل فأميركم جعفر ، فإن قتل فأميركم عبد الله بن راحة »^(٣٦) . فعلق ولاية الإمارة على شرط ، فكذلك ولاية الحكم . وإن قال : وليت فلاناً وفلاناً ، فأيهما نظر فهو خليفتي . انعقدت الولاية لمن نظر منهم ؛ لأنه عقد الولاية لهما جميعاً .

(٣٣) في ب ، م : « العقار » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) في ب ، م : « الحكومات » .

(٣٦) تقدم ترجمته ، في : ٢٠٤/٧ .

فصل : ولا يجوز أن يُقْلَدَ القضاءَ لواحدٍ على أن يحكم بمذهبٍ بعينه . وهذا مذهبُ الشافعي . ولم^(٣٧) أعلم فيه خلافاً ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٣٨) . / والحقُّ لا يتَّعِنُ في مذهبٍ ، وقد يَظْهَرُ له الحقُّ في غير ذلك المذهب .
و ٤٣/١١ . فإن قلَّده على هذا الشرط ، بطلَّ الشرطُ . وفي فسادِ التَّوَلَّيَةِ وَجْهَان ، بناءً على الشرطِ الفاسدةِ في البيع .

فصل : وإن فُوِّضَ الإمامُ إلى إنسانٍ تَوَلَّى القضاءَ جاز ؛ لأنَّه يجوزُ أن يتولَّى ذلك ، فجاز له التَّوكِيلُ فيه ، كالبيع . وإن فُوِّضَ إليه اختيارُ قاضي ، جاز ، ولا يجوزُ له اختيارُ نفسه ، ولا والده ، ولا ولده ، كما لو وَّكَّله في الصَّدقةِ بمالٍ ، لم يجزُ له أخذه ، ولا دفعه إلى هذين . ويَحْتَمِلُ أن^(٣٩) يجوزَ له اختيارُهما ، إذا كانا صالحَ الحينِ للولاية ؛ لأنَّهما يَدْخُلَانِ في عمومِ مَنْ أذنَ له في الاختيارِ منه ، مع أهليَّتَيْهما ، فأشَبَّها الأجنبيَّ .

فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوزُ أن يشهدَ لنفسه ، فإن عَرَضَتْ له حُكُومَةٌ مع بعضِ الناسِ ، جاز أن يُحاكِمَه إلى بعضِ خُلَفائِهِ ، أو بعضِ رَعِيَّتِهِ ؛ فإن عَمَرَ حاكمٌ أياً إلى زيد^(٤٠) ، وحاكمٌ رجلاً عراقياً إلى شريح^(٤١) ، وحاكمٌ على اليهوديِّ إلى شريح^(٤٢) ، وحاكمٌ عثمانَ طَلْحَةَ إلى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ^(٤٣) ، وإن عَرَضَتْ حُكُومَةٌ لوالديه ، أو ولده ، أو مَنْ لا تُقْبَلُ شهادتهُ له^(٤٤) ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدهما ، لا يجوزُ له الحُكْمُ فيها بنفسه ، وإن حَكَمَ^(٤٥) ، لم يَنْفُذْ حُكْمُهُ . وهذا قولُ أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنَّه لا تُقْبَلُ شهادتهُ له ، فلم يَنْفُذْ حُكْمُهُ له كَنَفْسِهِ . والثاني ، يَنْفُذُ حُكْمُهُ . اختاره أبو بكرٍ ، وهو قولُ أبي يوسف ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّه حُكْمٌ لغيره ، أشَبَّه الأجنبيَّ . وعلى القول

(٣٧) في م : د ولا .

(٣٨) سورة ص ٢٦ .

(٣٩) في ب ، م : د أنه .

(٤٠) تقدم التخرُّج ، في صفحة ٣٩ .

(٤١) لم نجده ، وانظر الإرواء ٢٣٩/٨ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م زيادة : د له .

الأوّل، متى عَرَضَتْ هَؤُلَاءِ حُكُومَةٌ ، حَكَمَ بَيْنَهُمُ الْإِمَامُ ، أَوْ حَاكَمَ آخَرُ ، أَوْ بَعْضُ خُلَفَائِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ الْخُصُومَةُ بَيْنَ وَالِدَيْهِ ، أَوْ وَلَدَيْهِ ، أَوْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ ، لَمْ يُجْزَلْهُ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَلَمْ يُجْزَلْ / الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ تَخَصُّمُهُ أَجْنَبِيًّا . وَفِي الْآخَرِ . يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا^(٤٤) سَوَاءٌ عِنْدَهُ ، فَارْتَفَعَتْ تَهْمَةُ الْمَيْلِ ، فَأَشْبَهَا الْأَجْنَبِيَّيْنِ .

فصل : وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّمهما بينهما ورَضِيَاهُ ، وكان ممن يصلح للقضاء ، فحكّم بينهما ، جاز ذلك ، ونفذ حكمه عليهما . وهذا قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان ؛ أحدهما ، لا يلزمهما حكمه إلّا بتراضيهما ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ إِنَّمَا يُلْزَمُ بِالرَّضَا بِهِ ، وَلَا يَكُونُ الرِّضَى إِلَّا بَعْدَ الْمَعْرِفَةِ بِحُكْمِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو شُرَيْجٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لَهُ : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ ، فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ ؟ » قَالَ : « إِنَّ قَوْمِي إِذَا اُخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي ، فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ ، فَرَضِي^(٤٥) عَلَى الْفَرِيقَانِ . قَالَ : « مَا أَحْسَنَ هَذَا ، فَمَنْ أَكْبَرُ وَلَدِكَ ؟ » قَالَ : شُرَيْجٌ . قَالَ : « فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْجٍ » . أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ^(٤٦) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ^(٤٧) قَالَ : « مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرْضَايَا بِهِ ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ مُلْعُونٌ »^(٤٨) . وَلَوْلَا أَنَّ حُكْمَهُ يُلْزَمُهُمَا ، لَمَا لَحِقَهُ هَذَا الدَّمُ^(٤٩) ، وَلَأَنَّ عُمَرَ وَأَبِيًّا تَحَاكَمَا إِلَى زَيْدٍ ، وَحَاكَمَ عُمَرُ أَعْرَابِيًّا إِلَى شُرَيْجٍ قَبْلَ أَنْ يُؤَيِّدَهُ ، وَتَحَاكَمَ عُثْمَانُ وَطَلْحَةُ إِلَى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ ، وَلَمْ يَكُونُوا قَضَاءً . فَإِنْ قِيلَ : فَعُمَرُ وَعُثْمَانُ كَانَا إِمَامَيْنِ ، فَإِذَا رَدًّا الْحُكْمَ إِلَى رَجُلٍ صَارَ قَاضِيًّا . قُلْنَا : لَمْ يُثْقَلْ عَنْهُمَا إِلَّا الرِّضَى بِتَحْكِيمِهِ خَاصَّةً ، وَهَذَا لَا يَصِيرُ قَاضِيًّا ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا رَضِيَ بِتَصَرُّفٍ وَكَيْلِهِ ، فَإِنَّهُ يُلْزَمُهُ قَبْلَ الْمَعْرِفَةِ بِهِ .

(٤٤) في ب ، م : « لأنها » .

(٤٥) في م : « ورضى » .

(٤٦) في : باب إذا حكموا رجلا ف قضى بينهم ، من كتاب الأدب . المجتبى ٥٨٥/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تغيير الاسم القبيح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٥/٢ .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) انظر : تلخيص الحبير ١٨٥/٤ ، حيث ذكر ابن حجر ، أن ابن الجوزي ذكره في التحقيق .

(٤٩) في ب : « اللوم » .

إذا ثبتَ هذا ، فإنه لا يجوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ فيما لا يُنْقَضُ به حُكْمٌ مِنْ له ولايةٌ . وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : للحاكم نَقْضُهُ إذا خالفَ رأيه ؛ لأنَّ هذا عَقْدٌ في حقِّ الحاكم ، فمَلَكَ فَنَسَخَهُ ، كالْعَقْدِ / المَوْقُوفِ في حَقِّهِ . ولنا ، أنَّ هذا حُكْمٌ صحيحٌ لازِمٌ ، فلم يَجْزُ فَنَسَخُهُ لِمُخَالَفَتِهِ^(٥٠) رأيه ، كحُكْمٍ مِنْ له ولايةٌ ، وما ذَكَرُوهُ غيرُ صحيحٍ ، فإنَّ حُكْمَهُ لازِمٌ لِلْخَصْمَيْنِ ، فكيف يكونُ مَوْقُوفًا ؟ ولو كان كذلك ، لَمَلَكَ فَنَسَخَهُ وإن لم يُخَالِفْ رأيه ، ولا نَسَلُمُ الوقوفِ في العقود . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ لكلَّ واحدٍ من الخَصْمَيْنِ الرَّجُوعَ عن تَحْكِيمِهِ قَبْلَ شُرُوعِهِ في الحُكْمِ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ إِلَّا بِرِضَا ، فأشْبَهَ ما لَوَرَجَعَ عَنِ التَّوَكُّلِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ . وإن رَجَعَ بَعْدَ شُرُوعِهِ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ الحُكْمَ لم يَتِمَّ ، أشْبَهَ قَبْلَ الشُّرُوعِ . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه يُؤَدِّي إلى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما إذا رَأَى من الحُكْمِ ما لا يوافقُهُ ، رَجَعَ ، فَيَبْطُلُ^(٥١) المقصودُ به .

فصل : قال القاضي : وَيُنْفَذُ حُكْمٌ مِنْ حُكْمَاءِ في جميع الأحكام إِلَّا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ؛ النِّكَاحَ ، وَاللِّعَانَ ، وَالْقَذْفَ ، وَالْقِصَاصَ ؛ لأنَّ لهذه الأحكامَ مَرِيَّةً على غيرِها ؛ فَاخْتَصَرَ الإمامُ بالنَّظَرِ فيها ، ونائبُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ . وقال أبو الخطَّاب : ظاهرُ كلامِ أحمد ، أنَّه يَنْفَذُ حُكْمَهُ فيها . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وإذا كَتَبَ هذا القاضي بما حَكَمَ به كِتَابًا إلى قاضي من قضاة المسلمين ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، وَتَنْفِيزُهُ كِتَابَةً ؛ لأنَّه حاكمٌ نافِذُ الأحكامِ ، فَلَزِمَ قَبُولَ كِتَابِهِ ، كحاكمِ الإمامِ .

١٨٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، إِذَا صَحَّ الْحَقُّ عَلَيْهِ)

وجملته أنَّ مَنْ ادَّعَى حَقًّا على غائبٍ في بَلَدٍ آخَرَ ، وَطَلَبَ من الحاكمِ سَمَاعَ الشَّيْئَةِ ، والحُكْمَ بها عليه ، فعلى الحاكمِ إجابته ، إذا كَمَلَتِ الشَّرَاطُ . وهذا قال شُيْبَرُمَةُ ، ومَالِكٌ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والليثُ ، وسَوَّارٌ ، وأبو عُبيدٍ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وكان

(٥٠) في الأصل : « مخالفة » .

(٥١) في م : « يَبْطُلُ » .

٤٤/١١ ط شُرَيْح / لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله . وبه قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه . وروى ذلك عن القاسم ، والشعبي ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر ، من وكيل^(١) أو شفيع ، جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال لعلي : « إذا تقاضى إليك رجلان ، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك تدرى بما تقضى » . قال الترمذي^(٢) : هذا حديث حسن^(٣) . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلم يجز ، كما لو كان الآخر في البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يئطل البينة ، ويقدر فيها ، فلم يجز الحكم عليه . ولنا ، أن هذا قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ؟ قال : « خذ ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . متفق عليه^(٤) ، فقضى عليه^(٥) لها ، ولم يكن حاضرا ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها . كما لو كان الخصم حاضرا ، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البينة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضرا ، يُقدم عليه إذا كان غائبا ، كسماع البينة . وأما حديثهم ، فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان ، لم يجز الحكم قبل سماع كلاهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تُسمع على حاضر إلا بحضوره ، والغائب بخلافه . وقد ناقض أبو حنيفة أصله ، فقال : إذا جاءت امرأة فادّعت أن لها زوجا غائبا ، وله مال في يدرجل ، وتحتاج إلى النفقة ، فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة ، ولو ادّعى رجل على حاضر ، أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة ، وأقام بينة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه ، فحضر بعض ورثته ، أو حضر / وكيل الغائب ، وأقام المدعى بينة بذلك ، حكم له بما ادّعه . إذا ثبت هذا ، فإنه إن قدم الغائب

(١) في الأصل : « وكيله » .

(٢) في : باب ما جاء في القاضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذ ٧٢/٦ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١/١٤٣ ، ١٥٠ . والبيهقي ، في : باب ما يقول القاضي إذا جلس الخصمان بين يديه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٧ .

(٣) في الأصل ، م زيادة : « صحيح » . وليس في الترمذي .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٤٨/١١ .

(٥) سقط من : م .

قَبْلَ الْحُكْمِ ، وَقَفَ الْحُكْمُ عَلَى حُضُورِهِ ، فَإِنْ جَرَّحَ ^(٦) الشُّهُودَ ، لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَنْظَرَ الْحَاكِمُ ، أَجَلَهُ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا حَكَمَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ ^(٧) بَرِيٌّ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُدَّعَى ، وَحَكَمَ لَهُ ، وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَجَرَّحَ الشُّهُودَ بِأَمْرِ كَانَ قَبْلَ الشَّهَادَةِ ، بَطَلَ الْحُكْمُ ، وَإِنْ جَرَّحَهُمْ بِأَمْرٍ بَعْدَ أدَاءِ الشَّهَادَةِ أَوْ مُطْلَقًا ، لَمْ يَبْطُلِ الْحُكْمُ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَلَا يَقْدَحُ فِيهِ . وَإِنْ طَلَبَ التَّأْجِيلَ ، أَجَلَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا تَمَدَّدَ الْحُكْمُ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ ، أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْآخَرُ ، وَنَفَذَ الْحُكْمُ .

فصل : وَلَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، فَأَمَّا فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى غَائِبٍ بِسَرِقَةٍ مَالٍ ، حُكِمَ بِالْمَالِ دُونَ الْقَطْعِ .

فصل : وَإِذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى غَائِبٍ ، أَوْ غَيْرِ مُكَلِّفٍ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُدَّعَى مَعَ بَيِّنَتِهِ ، فِي أَشْهُرِ الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٨) . وَلَأَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، فَلَمْ تَجِبِ الْيَمِينُ مَعَهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى حَاضِرٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ مَعَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْفَى مَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ مَلَكَهُ الْعَيْنُ الَّتِي قَامَتْ بِهَا الْبَيِّنَةُ ، وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا فَادَّعَى ذَلِكَ ، لَوَجِبَتِ الْيَمِينُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ لَعَيَّنَتْهُ ، أَوْ عَدِمَ تَكْلِيفَهُ ، يَجِبُ أَنْ يَقُومَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِيمَا يُمَكِّنُ دَعْوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ مَأْمُورًا بِالْإِحْتِيَاطِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْغَائِبِ ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا / مِنَ الْإِحْتِيَاطِ .

ظ ٥٠/١١

فصل : ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ^(٩) ، أَنَّهُ إِذَا قُضِيَ عَلَى الْغَائِبِ بَعَيْنٍ ، سُلِّمَتْ إِلَى

(٦) فِي ب ، م : « خَرَجَ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٥٨٧/٦ ، وَانْظُرْ : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

(٩) فِي ب : « أَحْمَد » .

المدعى ، وإن قضى عليه بدني ، ووجد له مال ، وفقى منه ؛ فإنه قال ، في رواية حَرْبٍ ، في رجل أقام بيّنة أن له سهمًا من ضيعة في أيدي قوم ، فتواروا عنه : يُقسَم عليهم ، شهّدوا أو غابوا ، ويدفع إلى هذا حقه . ولأنه ^(١٠) ثبت ^(١١) حقه بالبيّنة ، فیسلمُ إليه ، كما لو كان خصمه حاضراً . ويحتمل أن لا يدفع إليه شيء حتى يُقيم كفيلاً أنه متى حضر خصمه ، وأبطل دعواه ، فعليه ضمان ما أخذه ، لئلا يأخذ المدعى ما حكم له به ، ثم يأتي خصمه ، فيبطل حجته ، أو يُقيم بيّنة بالقضاء والإبراء ، أو تملك العين ^(١٢) التي قامت بها البيّنة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته ، فيضيق مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأوّل ؛ فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة ، فقال : هي عندي ودیعة : إذا أقيمت البيّنة أنهاله ، تدفع إلى الذي أقام البيّنة ، حتى يجيء صاحب الوديعة ^(١٣) فيثبت .

فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب منه ، إذا لم يمنع من الحضور ، فلا يقضى عليه قبل حضوره . في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعي ، في وجه لهم : إنه يقضى عليه في غيبته ؛ لأنه غائب ، أشبه الغائب عن البلد . ولنا ، أنه أمكن سؤاله ، فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله ، كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ؛ فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور ، أو توارى ، فظاهر كلام أحمد ، جواز القضاء عليه ؛ لما ذكرنا عنه في رواية حَرْبٍ . وروى عنه أبو طالب ، في رجل وجد غلامه عند رجل ، فأقام البيّنة أنه غلامه ، فقال الذي عنده الغلام : أودعني هذا رجل . فقال أحمد : أهل المدينة يقضون ^(١٤) على الغائب ، يقولون : إنه لهذا الذي أقام البيّنة . وهو مذهب حسن ، وأهل البصرة يقضون ^(١٥) على غائب ، يُسمونه الإغذار . وهو إذا ادعى على رجل ألفاً ، وأقام البيّنة ، فاختم المدعى عليه ، يرسل إلى بابيه ، فينادي الرسول ثلاثاً ، فإن جاء ، ولا قد أعذر وإليه . فهذا أقوى قول أهل المدينة ، وهو معني حسن . وقد ذكر

و ٤٦/١١

(١٠) سقطت الواو من : ب ، م .

(١١) في ب ، م : « ثبت » .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) في الأصل : « البيّنة » .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر .

الشَّريْفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْحَطَّابِ ، أَنَّهُ يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ الْمُتَنَجِّعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ ^(١٥) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حُضُورُهُ وَسُؤَالُهُ ، فَجَازَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ ، كَالْغَائِبِ الْبَعِيدِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْبَعِيدَ مَعْذُورٌ ، وَهَذَا لَا عُذْرَ لَهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيْمَا تَقَدَّمَ شَيْئًا مِنْ هَذَا .

١٨٧٩ - مَسْأَلَةٌ ^(١) ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَتَاهُ شَرِيكَانِ فِي رَنْعٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَسَأَلَاهُ أَنْ يَقْسِمَهُ ^(٢) بَيْنَهُمَا ، فَسَمَهُ ^(٣) ، وَاتَّبَعَ فِي الْقَضِيَّةِ بِذَلِكَ ، أَنْ قَسَمَهُ إِيَّاهُ بَيْنَهُمَا كَانَ عَنْ إِقْرَارِهِمَا ، لَا عَنْ يَتْنَةٍ شَهِدَتْ لَهُمَا بِمِلْكِهِمَا)

الأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَبَيِّنْهُمْ أَنْ أَلْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ ﴾ ^(٤) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقَرْبَى ﴾ ^(٥) الْآيَةُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » ^(٦) . وَقَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشَرَ سَهْمًا ^(٧) ، وَكَانَ يُقَسِّمُ الْغَنَائِمَ ^(٨) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِيَتِمَّ كَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ مِنَ ^(٩) التَّصَرُّفِ عَلَى إِثَارِهِ ، وَيَتَخَلَّصَ مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَكَثْرَةِ الْأَيْدِي . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، ^(١٠) فَإِنَّ الشَّرِيكََيْنِ فِي أَيْ شَيْءٍ ^(١١) كَانَ ، رِبْعًا أَوْ غَيْرَهُ - وَالرَّبْعُ : هُوَ الْعَقَارُ مِنَ الدُّورِ

(١٥) فِي م : لَا قَوْلَ .

(١) قَبْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي م زِيَادَةٌ : « كِتَابُ الْقِسْمَةِ » . ثُمَّ يَرِدُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ شَرْحِ الْمَسْأَلَةِ : « الْأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ ... » ، إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ : « وَكَثْرَةُ الْأَيْدِي » . ثُمَّ تَأْتِي مَسْأَلَةٌ مُخْتَصِرِ الْخَرْقِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : « يَقْسِمُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » . وَفِي ب : « فَقَسَمَهَا » .

(٤) سُورَةُ الْقَمَرِ ٢٨ .

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ٨ .

(٦) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٤٣٥/٧ .

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ أَسْهَمَ لَهُ سَهْمًا ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٦٩/٢ ، ٧٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٤٢٠/٣ .

(٨) انْظُرْ : مَا تَقْدِمُ فِي : ١٨٩/٤ ، ١٩٠ ، ٣١٨/٩ ، ٤٦/١٣ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(١٠-١١) فِي الْأَصْلِ : « فِي شَيْءٍ » .

ونحوها - إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه^(١١) بينهما ، أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنده^(١٢) ملكهما . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبه إلى ميراث ، لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ؛ لأن / الميراث باق على حكم ملك الميت ، فلا يقسمه^(١٣) احتياطاً للميت ،^(١٤) وأما ما عدا العقار يقسمه^(١٥) ، وإن كان ميراثاً ؛ لأنه يورث ويهلك ، وقسمته تحفظه ، وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي ، أنه لا يقسم ، عقاراً كان أو غيره ، ما لم يثبت ملكهما ؛ لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله^(١٦) أن يجعله حكماً لهم ، ولعله يكون لغيرهم . ولنا ، أن اليد تدل على الملك ، ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم ، وأتاهبه^(١٧) ، واستجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا أثبت^(١٨) في القضية أنني قسمته بينهم بإقرارهم ، لا عن بينة شهدت لهم بملكهم ، وكل ذي حجة على حجته . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن الظاهر ملكهم ، ولا حق للميت فيه ، إلا أن يظهر عليه دين ، وما ظهر ، والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به في غير العقار ، وفيما لم ينسبه إلى الميراث .

فصل : تجوز قسمة المكيلات والموزونات ، من المطعومات وغيرها ؛ لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها ، يدل على جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبية^(١٩) . وسواء في ذلك الحبوب ، والثمار ، والنورة ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوها^(٢٠) من الجامدات ، والعصير ، والحل ، واللبن ، والعسل ، والسمن ، والدبس ، والزيت ،

(١١) في الأصل : « يقسم » .

(١٢) في النسخ : « عنه » .

(١٣-١٤) في ب : « وما عدا العقار قسمه » .

(١٤) في الأصل : « سننها » . وفي ب : « سنها » . وفي الشرح الكبير ٢١٧/٦ : « سهل » .

(١٥) في الأصل ، ١ : « وإياه » .

(١٦) في الأصل ، ١ : « ثبت » .

(١٧) في الأصل ، ١ : « البينة » .

(١٨) في الأصل ، ب : « ونحوها » .

والرُّبُّ ونحوها^(١٩) من المائعات، وسواء قلنا: إن القِسْمَةَ بَيِّعَ أو^(٢٠) إِفْرَازُ حَقٍّ^(٢١)؛ لأنَّ بَيِّعَهُ جَائِزٌ، وإِفْرَازُهُ^(٢٢) جَائِزٌ. فإن كان فيها أنواعٌ، كحِنْطَةٍ وشَعِيرٍ، وتَمْرٍ وزَيْبٍ، فطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا كُلَّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، أُجِبَ الْمُتَمَتِّعُ، وإن طَلَبَ قِسْمَهَا^(٢٣) أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، لم يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ؛ لأنَّ هَذَا بَيِّعُ نَوْعٍ بَنَوْعٍ آخَرَ، وليس بِقِسْمَةٍ، فلم يُجِبَرِ عَلَيْهِ، كغَيْرِ الشَّرِيكِ. فإن تَرَضَّيَا عَلَيْهِ، جاز. وكان بَيِّعًا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ، فَيَمَّا يُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِيهِ، وسائرُ شُرُوطِ الْبَيِّعِ.

فصل: فإن كان بينهما ثيابٌ، أو حيوانٌ، أو أَوَانٌ، أو خَشَبٌ، أو عُمْدٌ، أو أَحْجَارٌ، فاتفقا على قِسْمَتِهَا، جاز؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَ الْغَنَائِمَ يَوْمَ بَدْرٍ،^(٢٤) ويومَ حُنَيْنٍ^(٢٥)، ويومَ خَيْبَرَ، وهى تَشْتَمِلُ عَلَى أَجْناسٍ مِنَ الْمَالِ، وسواء اتَّفقا عَلَى قِسْمَةِ كُلِّ جِنْسٍ بَيْنَهُمَا، أو عَلَى قِسْمَتِهَا أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ. وإن طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، وَطَلَبَ الْآخَرُ قِسْمَتَهُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، إِذَا أُمِّكَنَ. وإن طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ، وَأَبَى الْآخَرُ، وَكَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ إِلَّا بِأَخْذِ عَوْضٍ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ، أو قَطْعِ ثَوْبٍ فِي قِطْعِهِ نَقْصٌ، أو كَسْرِ إِنَاءٍ^(٢٦)، أو رَدِّ عَوْضٍ، لم يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ.^(٢٧) وإن أُمِّكَنَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، وَلَا رَدِّ عَوْضٍ، فَقَالَ الْقَاضِي: يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ^(٢٨). وهو ظاهرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ،^(٢٩) وقال أَبُو الْخَطَّابِ^(٣٠): لَا أَعْرِفُ فِي هَذَا عَنِ إِمَامِنَا رَايَةً، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجِبَرَ الْمُتَمَتِّعُ. وهو قولُ ابْنِ خَيْرَانَ^(٣١)، مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّ هَذَا إِنَّمَا يُقَسَّمُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، فلم يُجِبَرِ

(١٩) في الأصل: « ونحوها ».

(٢٠-٢١) في الأصل: « إقرار بحق ». ويأتى في الفصل التالى .

(٢١) في الأصل: « وإقراره ».

(٢٢) في الأصل: « قسمتها ».

(٢٣-٢٤) سقط من: الأصل .

(٢٤) سقط من: ب .

(٢٥-٢٦) سقط من: ب. نقل نظر .

(٢٦-٢٧) في الأصل، م: « وهو قول أبى الخطاب ».

(٢٧) هو أبو على الحسين بن صالح بن خيران، أحد أركان مذهب الشافعى، وكان إماما زاهدا ورعا، توفى سنة عشرين وثلاثمائة. طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٢٧١-٢٧٤.

المُتَنَعِّع عليه ، كما لا يُجْبَرُ على قِسْمَةِ الدُّورِ ، بأن يأخذَ هذا داراً وهذا داراً وهذا داراً ،
وكالْجِنْسَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ كَالدَّارِ الْوَاحِدَةِ ، وَلَيْسَ
اِخْتِلَافُ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ فِي الْقِيَمَةِ بِأَكْثَرَ مِنْ اِخْتِلَافِ قِيَمَةِ الدَّارِ الْكَبِيرَةِ وَالْقَرْيَةِ الْعَظِيمَةِ ،
فَإِنَّ أَرْضَ الْقَرْيَةِ تَخْتَلِفُ ، سَيِّمًا^(٢٨) إِذَا كَانَتْ ذَاتَ أَشْجَارٍ مُخْتَلِفَةٍ ، وَأَرْضِي مُتَنَوِّعَةٍ ،
وَالدَّارُ ذَاتُ بُيُوتٍ وَاسِعَةٍ وَضِيقَةٍ ، وَحَدِيثَةٍ وَقَدِيمَةٍ ، ثُمَّ هَذَا اِخْتِلَافٌ لَمْ يَمْنَعْ اِجْبَارَ عَلَى
ظ ٤٧/١١ الْقِسْمَةِ ، كَذَلِكَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ ، وَفَارَقَ / الدُّورَ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَنَ قِسْمَةَ كُلِّ دَارٍ عَلَى
حَدِّتِهَا ، وَهَهُنَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ كُلِّ ثَوْبٍ مِنْهَا أَوْ إِنَاءٍ عَلَى حَدِّتِهِ ، وَإِنْ كَانَتِ الثِّيَابُ
أَنْوَاعًا ؛ كَالْحَرِيرِ ، وَالْقَطَنِ ، وَالْكَثَّانِ ، فَهِيَ كَالْأَجْناسِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَمْوَالِ . وَالْحَيَوَانُ
كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ ، وَيُقَسَّمُ النَّوْعُ الْوَاحِدُ مِنْهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُقَسَّمُ الرِّقِيُّ قِسْمَةَ اِجْبَارٍ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلِفُ مَنَافِعُهُ ، وَيُقَصَّدُ مِنْهُ الْعَقْلُ
وَالدِّينُ وَالْفِطْنَةُ ، وَذَلِكَ لَا يَقَعُ فِيهِ التَّعْدِيلُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَزَأَ الْعَبِيدَ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمُ
الْأَنْصَارِيُّ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ^(٢٩) . وَلَأَنَّهُ نَوْعُ حَيَوَانٍ يَدْخُلُهُ التَّقْوِيمُ ، فَجَازَتْ
قِسْمَتُهُ ، كَسَائِرِ الْحَيَوَانِ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٣٠) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجْمَعُ ذَلِكَ ، وَتُعَدُّ لَهُ
كَسَائِرُ الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ .

فصل : والقِسْمَةُ إِفْرَازُ^(٣١) حَقٌّ ، وَتَمْيِيزُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ عَنِ^(٣٢) الْآخَرِ ، وَلَيْسَتْ
بَيِّنًا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : هِيَ بَيِّنَةٌ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ
بَطَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ يُبَدِّلُ نَصِيبَهُ مِنْ أَحَدِ السَّهْمَيْنِ بِنَصِيبِ صَاحِبِهِ مِنَ السَّهْمِ الْآخَرِ ، وَهَذَا حَقِيقَةُ
الْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَا تَقْتَفِرُ إِلَى لَفْظِ التَّمْلِيكِ ، وَلَا تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ ، وَيَدْخُلُهَا اِجْبَارُ ،
وَتَلْزَمُ بِإِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ ، وَيَتَقَدَّرُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ بِقَدْرِ الْآخَرِ ، وَالبَيْعُ لَا يَجُوزُ فِيهِ شَيْءٌ^(٣٣) مِنْ

(٢٨) فِي م : « سِر » خَطَأً .

(٢٩) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٩٥/٨ ، وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ بِالْقُرْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ
الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٧٨٦/٢ .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرَهُ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « إِقْرَار » .

(٣٢) فِي ب ، م : « مِنْ » .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « شَيْعًا » .

ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً ، كسائر العقود ، وفائدة الخلاف ، أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً^(٣٤) ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يُعتبر فيه القبض في البيع ، ولا يَحْتِثُ إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وقفاً ، جازت القسمة ، وإن قلنا : هي بيعٌ . انعكست هذه الأحكام ، هذا إذا حلت من الرد ، فإن كان / فيها ردٌ عوضي ، فهي بيعٌ ؛ لأنَّ صاحب الردَّ يندل المال عوضاً عما يحصل^(٣٥) له من مال شريكه ، وهذا هو البيع . فإن فعلاً ذلك في وقف ، لم يُجزَ ؛ لأنَّ بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وقفاً ، وبعضه طلقاً ، والردُّ من صاحب الطلق ، لم يُجزَ ؛ لأنه يشتري بعض الوقف ، وإن كان من أهل الوقف ، جاز ؛ لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

و ٤٨/١١

فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وبهذا قال الإصطخري . وقال أبو حنيفة : تقبل ، وإن كان بأجرة ؛ لأنه لا يلحقه تهمّة ، فقبل قوله ، كالمرضعة . وقال الشافعي : لا تقبل ؛ لأنه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعدّله ، فلم تقبل ، كشهادة القاضي المعزول على حكمه . ولنا ، أنه شهد بما لا نفع له فيه ، فقبل ، كالأجنبي . وإذا كان بأجرة ، لم يقبل ؛ لأنه متهم ، لكونه يوجب الأجرة لنفسه^(٣٦) ، وهذا نفع ، فتكون شهادته لنفسه^(٣٦) . وقول الشافعي : إنه يوجب تعدّله . ممنوع ، ولا تسلم لهم ما ذكروه في الحكم^(٣٧) .

١٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ سَأَلَ أَحَدُهُمَا شَرِيكَهُ مُقَاسَمَتَهُ ، فَاَمْتَنَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا ثَبَّتَ^(١) عِنْدَهُ مِلْكُهُمَا ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَنْقَسِمُ وَيَنْتَفِعَانِ بِهِ مَقْسُومًا)

(٣٤) في النسخ : « حرصاً » . والحرص : التقدير .

(٣٥) في الأصل ، ا : « جعله » . وفي م : « حصل » .

(٣٦) - (٣٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٧) في ب « الحاكم » .

(١) في ب ، م : « أثبت » .

أَمَّا إِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، فامْتَنَعَ الْآخَرُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ ، وَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَثْبُتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ مِلْكُهُمَا بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّ فِي الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ حُكْمًا عَلَى الْمُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِمَا ثَبَّتَ ^(٢) بِهِ الْمَلِكُ لِحَصْمِهِ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الرِّضَى ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْكُمُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، إِنَّمَا يَقْسِمُ بِقَوْلِهِمَا وَرِضَاهُمَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ فِيهَا ضَرَرٌ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ ، وَلَا إِضْرَارَ » ^(٣) . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ، / ٤٨/١١ ط
وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « مُوَطَّئِهِ » مُرْسَلًا ^(٤) ، وَفِي لَفْظٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى ، أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ ^(٥) . الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ تَعْدِيلَ السَّهَامِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يُجْعَلُ مَعَهَا ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ ؛ لِأَنَّهَا تُصِيرُ بَيْعًا ، وَالْبَيْعُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ ، أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِيهَا شَجَرَةٌ أَوْ بئْرٌ تُسَاوِي مِائَتَيْنِ ، فَإِذَا جُعِلَتِ الْأَرْضُ سَهْمًا ^(٦) ، كَانَتِ الثَّلَاثُ ، فَيَحْتَاجُ أَنْ يُجْعَلَ مَعَهَا خَمْسُونَ ^(٧) يَرُدُّهَا عَلَيْهِ مَنْ لَمْ يَخْرُجْ لَهُ الْبئْرُ أَوْ الشَّجَرَةُ ، لِيَكُونَا نِصْفَيْنِ مُتَسَاوَيْنِ ، فَهَذِهِ فِيهَا بَيْعٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَخَذَ الْأَرْضَ قَدْ بَاعَ نَصِيبَهُ مِنَ الشَّجَرَةِ أَوْ الْبئْرِ بِالثَّمَنِ ^(٨) الَّذِي أَخَذَهُ ، وَالْبَيْعُ لَا يُجْبَرُ ^(٩) عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١٠) . فَإِذَا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ الثَّلَاثَةُ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا عَلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ إِزَالََةَ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ عَنْهُمَا ، وَحُصُولَ النَّفْعِ لِهَمَا ، لِأَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِذَا تَمَيَّزَ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِحَسَبِ اخْتِيَارِهِ ، وَيَتِمَكَّنَ مِنْ إِحْدَاثِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ وَالزَّرْعِ وَالسَّقَايَةِ ^(١١) وَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ ، وَلَا

(٢) فِي ب ، م : « يَثْبُت » .

(٣) فِي م : « ضَرَار » .

(٤) تَقْدِيمُ تَفْرِيغِهِ ، فِي : ١٤٠/٤ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٦) فِي م : « خَمْسِينَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، أ : « مِنْ الثَّمَنِ » .

(٨) فِي م : « يَجْبِرُهُ » .

(٩) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٩ .

(١٠) فِي م : « وَالسَّقَايَةِ » .

يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْإِشْتِرَاكِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُجَبَّرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَ ^(١١) فِي الضَّرْرِ الْمَانِعِ مِنَ الْقِسْمَةِ ، فَفِي قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، هُوَ مَا لَا يُمْكِنُ مَعَهُ انْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ مُفْرَدًا ، فِيمَا كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ الشَّرِكَةِ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ بَيْنَهُمَا دَارٌ صَغِيرَةٌ ، إِذَا قُسِمَتْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْضِعًا ضَيِّقًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ . ^(١٢) وَلَوْ أُمْكِنَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فِي شَيْءٍ غَيْرِ الدَّارِ ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ ^(١٣) دَارًا ، لَمْ يُجَبَّرْ عَلَى الْقِسْمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ يَجْرِي مَجْرَى الْإِثْلَافِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ أَنْ تَنْقُصَ قِيَمَةُ نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا بِالْقِسْمَةِ عَنْ خَالَ الشَّرِكَةِ ، وَسَوَاءٌ ^(١٤) انْتَفَعُوا بِهِ مَقْسُومًا أَوْ لَمْ يَنْتَفِعُوا . / وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ : إِذَا قَالَ بَعْضُهُمْ يَقْسِمُ وَبَعْضُهُمْ لَا يَقْسِمُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصَانٌ مِنْ ثَمَنِهِ ، بِيْعَ ، وَأَعْطُوا الثَّمَنَ . فَاعْتَبَرَ نَقْصَانُ الثَّمَنِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ نَقْصَ قِيَمَتِهِ ضَرَرٌ ، وَالضَّرَرُ مَنْفَى شَرْعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : يُجَبَّرُ الْمُتَمَتِّعُ وَإِنْ اسْتَضَرَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ الْجَوْهَرَةِ بِكَسْرِهَا ، وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ^(١٥) . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ يَسْتَضَرُّ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ ؛ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا دَارٌ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَاهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، فَإِذَا قَسَمَاهَا ^(١٦) اسْتَضَرَّ صَاحِبُ الثُّلُثِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكُونُ دَارًا ، وَلَا يَسْتَضِرُّ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى لَهُ مَا يَصِيرُ دَارًا مُفْرَدَةً ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الثُّلُثَيْنِ الْقِسْمَةَ ، لَمْ يُجَبَّرِ الْآخَرُ عَلَيْهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ^(١٧) ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ، قَالَ : كُلُّ قِسْمَةٍ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَا أَرَى قِسْمَهَا ^(١٨) . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ

(١١) فِي م : « اخْتَلَفُوا » .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٣) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(١٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٥١٦/٦ .

(١٥) فِي الْأَصْلُ : « قَسَمَهَا » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(١٧) فِي ب ، م : « قَسَمْتُهَا » .

القاضي : يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَيْهَا . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأهلِ العراقِ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ إِفْرَازَ^(١٨) نَصِيْبِهِ الَّذِي لَا يَسْتَضَرُّ بِتَمْيِيزِهِ ، فَوَجِبَتْ إِجَابَتُهُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَا يَسْتَضَرُّ بِالنَّظَرِ فِي الْقِسْمَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلِأَنَّهَا قِسْمَةٌ يَضُرُّ^(١٩) بِهَا صَاحِبُهَا ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَضَرَّ مَعًا ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِضَاعَةَ الْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ، وَإِذَا حَرَّمَ عَلَيْهِ^(٢٠) إِضَاعَةَ مَالِهِ ، فَإِضَاعَةُ^(٢١) مَالٍ غَيْرِهِ أَوْلَى . وَقَدْ رَوَى عَمْرُو بْنُ جُمَيْعٍ^(٢٢) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَعْضِيَّةٌ^(٢٣) عَلَى أَهْلِ الْوِثَاقِ ، إِلَّا مَا حَصَلَ الْقِسْمُ » . قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ : هُوَ أَنْ يُخْلَفَ شَيْئًا ، إِذَا قُسِمَ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى بَعْضِهِمْ ، أَوْ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا . وَلِأَنَّا اتَّفَقْنَا / عَلَى أَنَّ الضَّرَرَ مَانِعٌ مِنَ الْقِسْمَةِ ، وَأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا مَانِعٌ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَانِعُ هُوَ ضَرَرُ الطَّالِبِ ؛ لِأَنَّهُ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ كَوْنُهُ مَانِعًا ، كَمَا لَوْ تَرَاضَيَا عَلَيْهَا مَعَ ضَرَرٍ لِحَدِّهَا أَوْ ضَرَرٍ لِأَحَدِهِمَا ، فَتَعَيَّنَ الضَّرَرُ الْمَانِعُ فِي جِهَةِ الْمَطْلُوبِ ، وَلِأَنَّهُ ضَرَرٌ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ ، فَمَنَعَ الْقِسْمَةَ ، كَمَا لَوْ اسْتَضَرَّ مَعًا . وَإِنْ طَلَبَ الْقِسْمَةَ الْمُسْتَضَرُّ بِهَا ، كَصَاحِبِ الثَّلَاثِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَفْرُوضَةِ ، أُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَيْهَا . هَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ^(٢٤) دَفْعَ ضَرَرِ الشَّرْكَاءِ عَنْهُ ، بِأَمْرِ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِيهِ ، فَاجْبَرِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ ضَرَرَ الطَّالِبِ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَسَقَطَ حُكْمُهُ ، وَالْآخَرُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ ، فَصَارَ كَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَذَكَرَ

(١٨) في ب ، م : « أفراد » .

(١٩) في م : « يستضر » .

(٢٠-٢١) في ا ، م : « إضاعته ماله ، فإضاعته » .

(٢١) قال عنه العقيلي : كذاب ، خبيث . الضعفاء الكبير ٣/٢٦٤ . والحديث أخرجه عن ابن حزم ، الدارقطني في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/٢١٩ . والبيهقي ، في : باب ما لا يحتمل القسمة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٣ . وهو في : غريب الحديث ٢/٧ ، والفاائق ٢/٤٤٤ ، والنهاية ، لابن الأثير ٣/٢٥٦ .

(٢٢) في م : « تغصبة » . والإعجام غير واضح في : الأصل ، م . والتعضية : التفريق . غريب الحديث . الموضع السابق .

(٢٣) في م : « سلب » .

أصحابنا أن المذهب أنه لا يُجبر الممتنع على القسمة^(٢٤)؛ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عن إضاعة المال، ولأن طلب القسمة من المستضير سفة، فلا يجب إجابته إلى سفته. قال الشريف: متى كان أحدهما^(٢٥) يستضير، لم تجب القسمة. وقال أبو حنيفة: متى كان أحدهما^(٢٦) ينتفع بها، وجبت. وقال الشافعي: إن انتفع بها الطالب، وجبت، وإن استضر بها الطالب، فعلى وجهين. وقال مالك: تجب على كل حال. ولو كانت دار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، وللآخرين نصفها، لكل واحد منهما ربعها، فإذا قسمت استضر كل واحد منهما، ولم^(٢٧) يستضر صاحب النصف، فطلب صاحب النصف القسمة، وجبت إجابته؛ لأنه يمكن قسمتها نصفين، فيصير حقهما لهما داراً، وله النصف، فلا يستضر أحد منهما. ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة؛ لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه^(٢٨). وإن طلبا المقاسمة، فامتنع صاحب النصف، أجبر؛ لأنه لا ضرر على واحد منهم. وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه^(٢٩)، لم تجب القسمة على قياس المذهب؛ لأنه إضرار بالطالب سفة. على الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة؛ لأن المطلوب منه لا ضرر عليه. الحال/ الثاني، الذي لا يجبر أحدهما على القسمة، وهي ما إذا عديم أحد الشروط الثلاثة، فلا تجوز القسمة إلا برضاها، وتسمى قسمة التراضي، وهي جائزة مع اختلال الشروط كلها؛ لأنها بمنزلة البيع والمناقلة، ويبع ذلك جائز.

فصل: إذا كانت دار بين اثنين، سفلها وعلوها، فإذا طلبا قسمة؛ نظرت، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما، ولا ضرر في ذلك، أجبر الآخر عليه. لأن^(٢٨) البناء في الأرض يجري مجرى العرس، يتبعها^(٢٩) في البيع والشفعة، ثم لو طلب قسمة

(٢٤) في ب، م: « القسم ».

(٢٥-٢٥) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٢٦) في ب: « متى ».

(٢٧) في ب، م: « ولا ».

(٢٨) في م: « أن ».

(٢٩) في م: « فيتبعها ».

أرضٍ فيها غِراسٌ، أُجْبِرَ شَرِيكُهُ عليه ، كذلك البناء . وإن طلبَ أحدهما جعلَ السُّفْلَ لأحدهما^(٣٠) والعُلُوَّ للآخر^(٣١)، ويُقَرَعُ بينهما ، لم يُجْبَرْ عليه الآخرُ؛ لثلاثةِ معانٍ؛ أحدها ، أَنَّ العُلُوَّ تَبَعَ^(٣٢) للسُّفْلِ ، ولهذا إذا بَيَعَا ، ثَبُتَتِ الشُّفْعَةُ فيهما ، وإذا أفرَدَ العُلُوَّ بالبيع^(٣٣) ، لم ثَبُتَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، وإذا كان تَبَعًا له ، لم يُجْعَلِ المَتْبُوعُ سَهْمًا والتَّبَعُ^(٣٤) سَهْمًا ، فيصيرُ التَّبَعُ^(٣٤) أَصْلًا . الثاني ، أَنَّ السُّفْلَ والعُلُوَّ يَجْرِيانِ مَجْرَى الدَّارَيْنِ الْمُتَلَاصِقَتَيْنِ^(٣٥) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسْكَنُ مُنْفَرِدًا^(٣٦) ، ولو كان بينهما داران ، لم يَكُنْ لأحدهما المُطَالَبَةُ بِجَعْلِ كُلِّ دَارٍ نَصِيبًا ، كذا هُنا . الثالث ، أَنَّ صَاحِبَ القَرَارِ يَمْلِكُ قَرَارَهَا وهَوَاءَهَا ، فإذا جُعِلَ السُّفْلُ نَصِيبًا انفردَ صَاحِبُهُ بالهَوَاءِ ، وليستْ هذه قِسْمَةً عادلةً . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : يَقْسِمُهُ الحَاكِمُ ، يَجْعَلُ ذِرَاعًا مِنَ السُّفْلِ بِذِرَاعَيْنِ مِنَ العُلُوِّ . وقال أبو يوسف : ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ . وقال محمدٌ : ^(٣٧) يَقْسِمُهَا بِالْقِيَمَةِ^(٣٧) . وَاحْتَجَّوْا بِأَنَّهَا دَارٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِذَا قَسَمَهَا عَلَى مَا يَرَاهُ جَازٌ ، كَالَّتِي لَا عُلُوَّ لَهَا . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ ، وَفِيهَا رَدُّ مَا ذَكَرُوهُ ، وَمَا يَذْكُرُونَهُ مِنْ كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ تَحْكُمُ ، وَبَعْضُهُ يُرَدُّ بَعْضًا . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ العُلُوِّ / وَحْدَهُ ، أَوِ السُّفْلَ وَحْدَهُ ، لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تُرَادُّ لِلتَّمْيِيزِ ، وَمَعَ بَقَاءِ الإِشَاعَةِ^(٣٨) فِي أَحَدِهِمَا^(٣٨) لَا يَحْصُلُ التَّمْيِيزُ . وَإِنْ طَلَبَ قِسْمَةَ السُّفْلِ مُنْفَرِدًا ، أَوِ العُلُوَّ مُنْفَرِدًا ، لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عُلُوٌّ سُفْلٌ الْآخَرِ ، فَيَسْتَضِرُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا يَتَمَيَّزُ الْحَقَّانِ .

فصل : وإذا كان بينهما دارٌ ، أو خانٌ كبيرٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ ذَلِكَ ،

(٣٠) في م : « لإحداهما » .

(٣١) في م : « للآخرين » .

(٣٢) في ب ، م : « يتبع » .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب : « المتبع » .

(٣٥) في ب : « المتلاصقين » .

(٣٦) في الأصل : « مفردا » .

(٣٧-٣٧) في الأصل : « يقسم بالقسمة » .

(٣٨-٣٨) سقط من : م .

ولا ضررَ في قِسْمَتِهِ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ، وَتُفْرَدُ بَعْضُ الْمَسَاكِينِ عَنْ بَعْضٍ وَإِنْ كَثُرَتِ الْمَسَاكِينُ. وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا دَارَانِ، أَوْ خَاتَانِ، أَوْ أَكْثَرُ، فَطُلِبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَهُ فِي إِحْدَى الدَّارَيْنِ، أَوْ أَحَدِ الْخَاتَيْنِ، وَيَجْعَلَ الْبَاقِيَ نَصِيبًا، لَمْ يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ، وَمُحَمَّدٌ: إِذَا رَأَى الْحَاكِمُ ذَلِكَ، فَلَهُ فَعْلُهُ، سَوَاءً تَقَارَبَتَا أَوْ تَفَرَّقَتَا؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ وَأَعْدَلُ. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَتَا مُتَجَاوِرَتَيْنِ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمُتَجَاوِرَتَيْنِ تَتَقَارَبُ مَنَفَعَتُهُمَا، بِخِلَافِ الْمُتَبَاعِدَتَيْنِ. ^(٣٩) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَاجَزَتِ ^(٤٠) الْأُخْرَى ^(٤١)، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ ^(٣٩)، وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّهُمَا يَجْعُرِيَانِ مَجْرَى الدَّارِ الْوَاحِدَةِ. وَلَنَا، أَنَّهُ نَقُلُ حَقَّهُ مِنْ عَيْنٍ إِلَى عَيْنٍ أُخْرَى، فَلَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ، كَالْمُتَفَرِّقَتَيْنِ ^(٤٢) عَلَى مِلْكِ، وَكَأَلَوْ لَمْ تَكُنْ حَاجَزَتُهُمَا ^(٤٣) مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَأَلَوْ كَانَتَا دَارًا وَذَكَائًا ^(٤٤) مَعَ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ، وَالْحُكْمُ فِي الذَّكَائِينَ كَالْحُكْمِ فِي الدُّورِ، وَكَأَلَوْ كَانَتْ لَهَا عَصَائِدُ صَغَارٍ، لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ^(٤٥) مُتَفَرِّدَةً، لَمْ يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ قِسْمَتِهَا ^(٤٦) عَلَيْهَا.

فصل: وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ وَاحِدَةٌ يُمَكِّنُ قِسْمَتُهَا، وَتَتَحَقَّقُ ^(٤٧) فِيهَا الشَّرُوطُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى قِسْمَتِهَا ^(٤٨)، سَوَاءً كَانَتْ فَارِغَةً أَوْ ذَاتَ شَجَرٍ وَبِنَاءٍ. فَإِنْ كَانَ فِيهَا نَخْلٌ، وَكَرْمٌ، وَشَجَرٌ مُخْتَلِفٌ، وَبِنَاءٌ، فَطُلِبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةُ كُلِّ عَيْنٍ عَلَى حَدِيثِهَا، وَطُلِبَ الْآخَرُ قِسْمَةُ الْجَمِيعِ بِالتَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: تُقَسَّمُ كُلُّ عَيْنٍ عَلَى حَدِيثِهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ / مَقْسُومٍ، إِذَا امْكَنَّتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جِيْدِهِ

٥١/١١ و

(٣٩-٣٩) سقط من: الأصل.

(٤٠) في الأصل، م، والشرح الكبير ٢٢٦/٦: «أحجزة». وفي ب: «حجرة». ولعل الصواب ما أشتاه.

(٤١) في ب: «والأخرى».

(٤٢) في ب، م: «كالمُتَفَرِّقَتَيْنِ».

(٤٣) في ب، م: «حجة بها».

(٤٤) في الأصل: «أو ذكاء».

(٤٥) في ب: «منها».

(٤٦) في ب، م: «قسمها».

(٤٧) في الأصل: «أو تتحقق».

وَرَدِيَّةٍ ، كَانَ أَوَّلَى . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا أُمِّكَتِ التَّسْوِيَةُ
 بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جَيِّدِهِ وَرَدِيَّةٍ ، بَأَنْ يَكُونَ الْجَيِّدُ فِي مُقَدِّمِهَا وَالرَّدَى فِي مُؤَخَّرِهَا ، فَإِذَا
 قَسَمْنَاهَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ ^(٤٨) الْجَيِّدِ وَالرَّدَى مِثْلُ مَا لِلْآخِرِ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَأُجْبِرَ
 الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ تُمَكِّنِ الْقِسْمَةُ هَكَذَا ، بَأَنْ تَكُونَ الْعِمَارَةُ أَوْ الشَّجَرُ وَالْجَيِّدُ لَا يُمَكِّنُ
 قِسْمَتَهُ وَخَذَهُ ، وَأَمَكَنَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَأُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ ^(٤٩) مِنَ
 الْقِسْمَةِ ^(٥٠) عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يُجْبِرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا .
^(٥١) وَقَالُوا : إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ ثَلَاثِينَ جَرِيًّا ^(٥٢) ، قِيَمَةُ عَشْرَةِ أَجْرِيَةٍ مِنْهَا كَقِيَمَةِ
 عِشْرِينَ ^(٥٣) ، لَمْ يُجْبِرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا ^(٥٤) ؛ لِتَعْدُلِ التَّسَاوِيُ فِي الزَّرْعِ ، وَلَأَنَّهُ لَوْ
 كَانَ حَقْلَانِ مُتَجَاوِرَانِ ^(٥٥) لَمْ يُجْبِرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ ، إِذَا لَمْ تُمَكِّنِ إِلَّا بَأَنْ يُجْعَلَ كُلُّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمًا ^(٥٦) ، كَذَا هَهُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَكَانٌ وَاحِدٌ ، أُمِّكَتِ قِسْمَتُهُ ، وَتُعْدِلُهُ ،
 مِنْ غَيْرِ رَدِّ عَوْضٍ وَلَا ضَرَرٍ ، فَوَجَبَتْ قِسْمَتُهُ ، كَالدُّورِ . وَلَأَنَّ مَا ذَكَرُوهُ يُفْضِي إِلَى مَنْعِ
 وَجُوبِ الْقِسْمَةِ فِي الْبَسَاتِينِ كُلِّهَا ^(٥٧) وَالدُّورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسَاوِيَ الشَّجَرِ وَبِنَاءِ الدُّورِ
 وَمَسَاكِئِهَا إِلَّا بِالْقِيَمَةِ ، وَلَأَنَّهُ مَكَانٌ لَوْ بَاعَ بَعْضُهُ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ لِشَرِيكَ الْبَائِعِ ، فَوَجَبَتْ
 قِسْمَتُهُ ، كَمَا لَوْ أُمِّكَتِ التَّسْوِيَةُ بِالزَّرْعِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ بُسْتَانَانِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ ، أَوْ
 حَقْلَانِ ، أَوْ دَارَانِ ، أَوْ دُكَّانَانِ مُتَجَاوِرَانِ أَوْ مُتَبَاعِدَانِ ، فَطَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَهُ ،
 بِجَعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يُجْبِرِ الْآخَرُ عَلَى هَذَا ، سَوَاءً كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ .
 وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مُتَمَيِّزَانِ ، لَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ
 فِيهِ لِلْمَالِكِ / الْآخَرِ ، بِخِلَافِ الْبُسْتَانِ الْوَاحِدِ ، وَالْأَرْضِ الْوَاحِدَةِ وَإِنْ عَظُمَتْ ، فَإِنَّهُ

(٤٨) فِي م : « فِي » .

(٤٩-٤٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥٠-٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥١) الْجَرِيبُ مِنَ الْأَرْضِ وَالطَّعَامِ : مِقْدَارُ مَعْلُومٍ . انْظُرْ تَفْصِيلَهُ فِي تَاجِ الْعُرُوسِ (ج ر ب) .

(٥٢) فِي النِّسْخِ : « عِشْرَ » . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٣) كَذَا ، عَلَى أَنَّ « كَانَ » بِمَعْنَى وَجَدَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٤) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

إذا بيع بعضها ، وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي ، والشفعة كالقسمة ؛ لأن كل واحد منهما يُراد لإزالة ضرر الشركة ، ونقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته ، لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه ، لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته ، تجب فيه الشفعة ، وما تجب الشفعة فيه ، تجب قسمته . ولأنه لو بدأ الصلاح في بعض البستان ، كان صلاحاً لباقيه وإن كان كبيراً . ولم يكن صلاحاً لما جاوره^(٥٦) وإن كان صغيراً .

فصل : وإذا^(٥٧) كان في الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع ، أجبر الممتنع ؛ لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار ، فلم يمنع القسمة ، كالقماش ، وسواء خرج الزرع ، أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسمها ، بقي الزرع بينهما مشتركا ، كما لو باع الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً ، لم يجبر الآخر عليه ؛ لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن ؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة . وإن طلب قسمتها مع الزرع ، وكان قد خرج ، جاز ، وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلاً^(٥٨) ، أو قد اشتد الحب فيه ؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض ، والقسمة إقرار^(٦٠) حق ، وليست بيعاً . وإن قلنا : هي بيع . لم يجز^(٦١) إذا اشتد الحب ؛ لأنه يتضمن بيع السنبل بعرضه ببعض . ويحتمل الجواز ؛ لأن السنبل ههنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبهه ببيع النخلة المثمرة بمثلها . وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ؛ لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها ، فلم تجب قسمته معها ، كالقماش فيها . ولنا ، أنه ثابت فيها للنماء والنفع ، فأشبهه الغراس ، وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ، ولا ضرر / عليه في نقله . وإن كان

٥٢/١١ و

(٥٦) في ب ، م : « جاوره » .

(٥٧) في م : « وإن » .

(٥٨) القصيل : ما يقتصل أى يؤخذ من الزرع وهو أخضر .

(٥٩) سقط من : ب ، م .

(٦٠) في الأصل : « إقرار » .

(٦١) في ب ، م : « يجبر » .

الزَّرْعُ بَذْرًا فِي الْأَرْضِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ ؛ لَجَهَالَتِهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ إِفْرَازَهُ ^(٦٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا لِلأَرْضِ ، فَلَا تَضُرُّ جَهَالَتُهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ فَاشْتَرَطَهُ ^(٦٣) ، مَلَكَه بِالشَّرْطِ ، وَإِنْ كَانَ بَذْرًا مَجْهُولًا .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا ^(٦٤) أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِي أَحَدِ جَانِبَيْهَا بَيْتَرٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، وَفِي الْآخَرِ شَجَرَةٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَجُعِلَتْ الْبَيْتَرُ مَعَ نِصْفِ الْأَرْضِ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) نَصِيبًا ، وَالشَّجَرَةُ مَعَ النِّصْفِ الْآخَرِ ^(٦٦) نَصِيبًا . فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ؛ نَظَرْتُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٧) أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أَقَلَّ ، لَمْ يُمَكِّنِ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِقِسْمَةِ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٨) ، فَجَعَلْنَاهَا سَهْمًا ، وَالْبَيْتَرُ سَهْمًا ، وَالشَّجَرَةُ سَهْمًا ، لَمْ يَحْصُلْ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ ، ^(٦٩) فَتَصِيرُ هَذِهِ كَقِسْمَةِ الشَّجَرِ وَحْدَهُ ، وَقِسْمَةِ ذَلِكَ وَحْدَهُ لَيْسَتْ قِسْمَةً إِجْبَارٍ . وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ كَثِيرَةً ^(٧٠) الْقِيَمَةِ ، بَحِثْ يَأْخُذُ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ سِهَامَهُمْ مِنْهَا ، وَيَبْقَى مِنْهَا شَيْءٌ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَمِثَالُهُ أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ، فَتُجْعَلُ ^(٧١) مِائَةً وَخَمْسِينَ سَهْمًا ، وَيُضْمَمُ إِلَى الْبَيْتَرِ مَا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَإِلَى الشَّجَرَةِ مِثْلُ ذَلِكَ ، فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ سِهَامٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، وَفِي كُلِّ سَهْمٍ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَتَجِبُ الْقِسْمَةُ حِينَئِذٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَقِيَمَةُ الْأَرْضِ أَرْبَعَمِائَةٍ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّنَا نَجْعَلُ ثَلَاثَ مِائَةٍ مِنْهَا سَهْمَيْنِ ، وَمِائَةً مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ سَهْمَيْنِ ، فَتَعْدَلُ السَّهَامُ .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « إِقْرَاهُ » .

(٦٣) فِي م : « فَاشْتَرَطُوا » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٦٧-٦٨) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٦٨-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٩) فِي ب ، م : « كَبِيرَةٌ » .

(٧٠) فِي م : « فَيَجْعَلُهَا » .

ولو كانت الأرض لاثنتين ، فأراد أقسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار ، وهكذا / الأرض ذات الشجر ، إذا اقتسم الشجر دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار . ولو اقتسماها بشجرها ، كانت قسمة إجبار ؛ لأنَّ الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره . وإذا قسم ذلك دون الأرض ، صار أصلاً في القسمة ، ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفرداً . وكل قسمة غير واجبة ، إذا تراضيا بها ، فهي بيع ، حكمها حكم البيع .

١٨٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُسِمَ ، طُرِحَتِ السَّهَامُ ، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا وَقَعَ سَهْمُهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَرَضَيَا ، فَيَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا رَضِيَ بِهِ)

وجملته أن القسمة على ضربين ؛ قسمة إجبار ، وقسمة تراضي . وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد . ولا تخلو من أربعة أقسام ؛ أحدها ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية . الثاني ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة . الثالث ، أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية . الرابع ، أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة^(١) . فأما الأول ، فمثل أرض بين ستة ، لكل واحد منهم^(٢) سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ؛ لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة ، لتساوي أجزائها في القيمة ، ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز ، في ظاهر كلام أحمد ؛ فإنه قال في رواية أبي داود : إن شاء رقاعاً ، وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ، ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : أخرج خاتمك على هذا السهم . فمن خرج خاتمته فهو له ، وعلى هذا ، لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا في الفرعة أن يكتب رقاعاً متساوية / بعدد السهام ، وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام ، وبين

٥٣/١١ و

(١) لم يرد في الأصل .

(٢) في : « منها » .

إخراج السَّهْمِ على الأَسْمَاءِ ، فإن أخرجَ الأَسْمَاءَ على السَّهْمِ ، كَتَبَ في كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ كُلِّ (٣) واحدٍ من الشُّرَكَاءِ ، وَتَرَكَ في بِنَادِقٍ طِينٍ أو شَمْعٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقَدْرِ وَالْوِزَنِ ، وَتَرَكَ في حِجْرٍ مَنْ لَمْ يَخْضُرِ الْقِسْمَةَ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ بُنْدَقَةً على هذا السَّهْمِ . فإذا أَخْرَجَهَا كَانَ ذَلِكَ السَّهْمُ لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ في البُنْدَقَةِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى على سَهْمٍ آخَرَ ، كذلك حتى يَبْقَى الأخيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وإن اخْتَارَ إخراجَ السَّهْمِ على الأَسْمَاءِ ، كَتَبَ في الرِّقَاعِ أَسْمَاءَ السَّهْمِ ، فَيَكْتُبُ في رُقْعَةِ الأوَّلِ مِمَّا يَلِي جِهَةَ كَذَا ، وفي أُخْرَى الثَّانِي ، حتى يَكْتُبَ السَّيِّئَةَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرُّقْعَةَ على واحدٍ بَعَيْنِهِ ، فيكونُ له السَّهْمُ الذي في الرُّقْعَةِ . وَيَفْعَلُ ذلك حتى يَبْقَى الأخيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وذكر أبو بكرٍ ، أَنَّ البِنَادِقَ تُجْعَلُ طِينًا ، وَتُطْرَحُ في مَاءٍ ، وَيُعَيَّنُ واحدٌ ، فَأَيُّ البِنَادِقِ انْحَلَّ الطِّينُ عنها ، وَخَرَجَتْ رُقْعَتُهَا (٤) على الماءِ ، فَهِيَ لَهُ ، وكذلك الثَّانِي والثَّالِثُ وما بَعْدَهُ ، فإن خَرَجَ اثْنَانِ مَعًا (٥) أُعِيدَ الإِقْرَاعُ . والأوَّلَى (٦) أَوَّلَى وَأَسْهَلُ . القسمُ الثَّانِي ، أن تكونَ السَّهْمُ مُتَّفِقَةً وَالْقِيَمَةُ مُخْتَلِفَةً ، فإنَّ الأرضَ تُعَدَّلُ بِالْقِيَمَةِ ، وَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ . وَيَفْعَلُ في إخراجِ السَّهْمِ مِثْلَ الذي قَبْلَهُ سِوَاءً ، لا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ التَّعْدِيلَ تَمَّ بالسَّهْمِ ، وَهُنَا بِالْقِيَمَةِ . القسمُ الثَّالِثُ ، أن تكونَ الْقِيَمَةُ مُتَسَاوِيَةً وَالسَّهْمُ مُخْتَلِفَةً ؛ مِثْلَ أرضٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهَا ، وَأَجْزَاؤُهَا مُتَسَاوِيَةُ الْقِيَمِ (٧) ، فَإِنَّهَا تُجْعَلُ سِيَهَامًا بِقَدْرِ أَقْلِهَا ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ ، وَتُعَدَّلُ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيَكْتُبُ ثَلَاثَ رِقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، وَيُخْرِجُ رُقْعَةً على السَّهْمِ الأوَّلِ ، فإن خَرَجَتْ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ / ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى على الثَّانِي ، فإن خَرَجَتْ (٨) لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الثَّانِي والثَّالِثُ ، وَكَانَتِ الثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَإِنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ الثَّانِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّانِي والثَّالِثَ والرَّابِعَ ، وَكَانَ الْخَامِسُ وَالسَّادِسُ لِصَاحِبِ

(٣) في ب زيادة : « كل » .

(٤) في ب : « برقعته » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) في م : « الأوَّل » .

(٧) في م : « القيمة » .

(٨) سقط من : م .

الثُلُث ، وإن خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ الْأُولَى لصاحبِ التَّصْنِيفِ ، أَخَذَ الثَّلَاثَةَ الْأُولَى ، وَخَرَجُ
الثَّانِيَةُ عَلَى الرَّابِعِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لصاحبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَهُ وَالَّذِي يَلِيهِ ، وَكَانَ السَّادِسُ
لصاحبِ السُّدُسِ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لصاحبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ الْآخِرُ
الْخَامِسَ وَالسَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الْأُولَى لصاحبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الْأَوَّلَ وَالثَّانِي ، ثُمَّ يُخْرِجُ
الثَّانِيَةَ عَلَى الثَّلَاثِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لصاحبِ التَّصْنِيفِ ، أَخَذَ الثَّلَاثَ وَالرَّابِعَ وَالْخَامِسَ ، وَأَخَذَ
الْآخِرُ السَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لصاحبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ صَاحِبُ
التَّصْنِيفِ مَا بَقِيَ . وَقِيلَ : تُكْتَبُ سِتُّ رِقَاعٍ ، بِاسْمِ صَاحِبِ التَّصْنِيفِ ثَلَاثٌ ، وَبِاسْمِ
صَاحِبِ الثُّلُثِ اثْنَتَانِ ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدَةٌ . وَهَذَا لِفَائِدَةٍ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ
خُرُوجَ اسْمِ صَاحِبِ التَّصْنِيفِ ، وَإِذَا كُتِبَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَأَغْنَى . وَلَا يَصِحُّ
أَنْ يَكْتَبَ رِقَاعًا بِأَسْمَاءِ السَّهَامِ ، وَيُخْرِجَهَا عَلَى أَسْمَاءِ الْمَلَاكِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُخْرِجَ وَاحِدَةٌ فِيهَا
السَّهْمُ الثَّانِي لصاحبِ السُّدُسِ ، ثُمَّ أُخْرِجَ أُخْرَى لصاحبِ التَّصْنِيفِ أَوْ الثُّلُثِ فِيهِمَا السَّهْمُ
الْأَوَّلُ ، احتَاجَ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مُتَفَرِّقًا ، فَيَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، إِذَا اخْتَلَفَتِ
السَّهَامُ وَالْقِيَمَةُ ، فَإِنَّ الْقَاسِمَ يُعَدِّلُ السَّهَامَ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَجْعَلُهَا سِتَّةَ أَشْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمِ ،
ثُمَّ يُخْرِجُ الرِّقَاعَ فِيهَا الْأَسْمَاءَ عَلَى السَّهَامِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْقِسْمِ الثَّلَاثِ سَوَاءً ، لَا فَضْلَ
بَيْنَهُمَا ، إِلَّا أَنَّ التَّعْدِيلَ هُنَا بِالْقِيَمِ ، وَفِي التِّي قَبْلُهَا بِالْمِسَاحَةِ . وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي ، وَهُوَ
قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ التِّي فِيهَا رَدٌّ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعْدِيلُ السَّهَامِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ / مَعَ بَعْضِهَا عَوْضٌ ،
فَهَذِهِ لَا إِجْبَارَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَا لَا تَجِبُ
قِسْمَتُهُ ، كَالدَّارَيْنِ تُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سَهْمًا ، وَمَا يَدْخُلُ الضَّرْرُ عَلَيْهِمَا بِقِسْمَتِهِ ،
وَأَشْبَاهُ هَذَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهُ صُورًا فِيمَا تَقَدَّمَ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ تَلْزُمُ
بِإِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّ قُرْعَةَ قَاسِمِ الْحَاكِمِ بِمَنْزِلَةِ حُكْمِهِ ، فَيَلْزَمُ بِإِخْرَاجِهَا كُلُّزُومَ حُكْمِ
الْحَاكِمِ . وَأَمَّا قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَلْزُمُهُ أَيْضًا ، كَقِسْمَةِ
الْإِجْبَارِ ؛ لِأَنَّ الْقَاسِمَ كَالْحَاكِمِ ، وَقُرْعَتُهُ كَحُكْمِهِ . وَالثَّانِي ، لَا تَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ ، وَالبَيْعُ
^(٩) لَا يَلْزَمُ إِلَّا ^(١٠) بِالتَّرَاضِيِ ، لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ هُنَا لِتَعْرِيفِ ^(١١) الْبَائِعِ مِنْ

٥٤/١١

(٩-٩) في م : ١٠ يلزم .

(١٠) في م : ١٠ لتعرف .

المُشْتَرَى ، فَأَمَّا إِنْ تَرَاضَيَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدًا مِنَ السَّهْمَيْنِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَاخْتَارَ ، وَيَلْزَمُ هُنَا بِالْتَرَاضِي وَتَفَرُّقِهِمَا ، كَمَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ .

فصل : وَيَجُوزُ لِلشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَنْتَسِمَا بَأَنْفُسِهِمَا ، وَأَنْ يَأْتِيَا الْحَاكِمَ لِيَنْصِبَ بَيْنَهُمَا قَاسِمًا يَقْسِمُ لهما ، وَأَنْ يَنْصِبَا قَاسِمًا يَقْسِمُ لهما ، فَإِنْ نَصَبَ الْحَاكِمُ قَاسِمًا لهما ، فَمِنْ شَرْطِهِ الْعَدَالَةُ ، وَمَعْرِفَةُ الْحِسَابِ ^(١١) ، وَالْقِسْمَةُ ، لِيُوصَلَ إِلَى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ يَشْتَرِطُ كَوْنَهُ ^(١٢) حُرًّا . وَإِنْ نَصَبَا قَاسِمًا بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ عَلَى صِفَةِ قَاسِمِ الْحَاكِمِ فِي الْعَدَالَةِ وَالْمَعْرِفَةِ ، فَهُوَ كَقَاسِمِ الْحَاكِمِ ، فِي لُزُومِ قِسْمَتِهِ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، أَوْ فَاسِقًا ، أَوْ غَيْرَ عَارِفٍ بِالْقِسْمَةِ ، لَمْ تَلْزَمْ قِسْمَتُهُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا بَهَا ، وَيَكُونُ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، فِيمَا يَرْجَعُ إِلَى لُزُومِ الْقِسْمَةِ . وَيُجْزَى قَاسِمٌ وَاحِدٌ فِيمَا لَا يَخْتَلِجُ إِلَى تَقْوِيمِ ^{٥٤/١١ ط} ، فَإِنْ احتَاجَ الْقِسْمُ إِلَى التَّقْوِيمِ ^(١٣) ، احتَاجَ إِلَى قَاسِمَيْنِ ؛ / لِأَنَّهُ يَخْتَلِجُ إِلَى أَنْ يَكُونَ الْمُقَوَّمُ اثْنَيْنِ ، وَلَا يَكْفِي فِي التَّقْوِيمِ وَاحِدٌ . فَمَتَى نَصَبَا قَاسِمًا أَوْ نَصَبَهُ الْحَاكِمُ ، وَكَانَتِ الشُّرُوطُ فِيهِ مُتَحَقِّقَةً ، لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ بِقُرْعَتِهِ . وَإِنْ اخْتَلَّ فِيهِ بَعْضُ الشُّرُوطِ ، لَمْ تَلْزَمْ الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا ؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ قَسَمَا بَأَنْفُسِهِمَا ، وَأَقْرَعَا ، لَمْ تَلْزَمْ ^(١٤) الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاكِمَ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ .

فصل : وَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَرْزُقَ الْقَاسِمَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اتَّخَذَ قَاسِمًا ، وَجَعَلَ لَهُ رِزْقًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ^(١٥) . فَإِنْ لَمْ يَرْزُقْهُ الْإِمَامُ ، قَالَ الْحَاكِمُ لِلْمُقَاسِمَيْنِ ^(١٦) : اذْفَعَا إِلَى الْقَاسِمِ أَجْرَةَ لِيَقْسِمَ بَيْنَكُمَا . فَإِنْ

(١١) فِي مِيزَانِ الْقِيَمَةِ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ يَكُونَ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « تَقْوِيمٌ » .

(١٤) فِي ب ، م : « تَلْزَمُهُ » .

(١٥) انْظُرْ : مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أَجْرِ الْقِسَامِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى . ١٣٣ ، ١٣٢/١٠ .

(١٦) لَمْ يَرِدْ فِي : الْأَصْلِ .

استأجره كل واحد منهما بأجرٍ معلوم ليُقسَم نصيبه ، جاز ، وإن استأجره جميعاً إجارةً واحدةً ليُقسَم بينهم الدار بأجرٍ واحدٍ معلوم ، لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المَقْسوم . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عددرءوسهم ؛ لأنَّ عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر ، سواء تساوت سيئاتهم أو اختلفت ، فإن^(١٧) الأجر بينهم سواء . ولنا ، أنَّ أجرة القسمة يتعلّق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأُملاك ، كنفقة العبد ، وما ذكره^(١٨) لا يصح ؛ لأنَّ العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أنَّ المَقْسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً ، كان كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ، وكذلك الوزن والزرع ، وعلى أنَّه يتطلّب بالحافظ ، فإنَّ حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال .

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها . وهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على الطالب للقسمة ؛ لأنها حق له . ولنا ، أنَّ الأجرة تجب بإفراز الأصباء ، وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما / ، كالمواضوا عليها .

فصل : وإذا ادّعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة ، وإنَّه أُعطِيَ دون حقه ؛ نظرت ، فإن كانت قسمة تلزم بالقرعة ، ولا تقف على تراضيهما ، فالقول قول المدّعي عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدّعي إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين ، نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بينة ، وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه ، أحلف له . وإنما قد منّا قول المدّعي عليه ؛ لأنَّ الظاهر صحة القسمة ، وأداء الأمانة فيها . وإن كانت ممّا لا تلزم إلا بالتراضي ، كالذي قسماه بأنفسيهما ونحوها^(١٩) ، لم تُسمع دعوى من ادّعى الغلط . هكذا قال أصحابنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه قد رضِيَ بذلك ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه والصحيح عندي أنَّ هذه كالتى قبلها ، وإنَّه متى أقام البينة بالغلط ، نقضت القسمة ؛ لأنَّ ما ادّعاه مُحتمل ، ثبت ببينة عادلة ،

(١٧) في ب ، م : « فكان » .

(١٨) في م : « ذكره » .

(١٩) في ب ، م : « ونحوه » .

فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَشْهَدَ^(٢٠) عَلَى نَفْسِهِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُسْلَمِ فِيهِ ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا فِي كَيْلِهِ أَوْ وَزْنَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ حَقَّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ سَقَطَ بِرِضَاهُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْقُطُ مَعَ عِلْمِهِ ، أَمَّا إِذَا ظَنَّ أَنَّهُ أُعْطِيَ حَقَّهُ فَرَضِي بِنَاءً عَلَى هَذَا ، ثُمَّ بَانَ لَهُ الْغَلَطُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّهُ ، كَالثَّمَنِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَبَضَ الْمُسْلِمُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ مَكَايِيلَ ، رَاضِيًا بِذَلِكَ ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ ثَمَانِيَّةٌ ، أَوْ ادَّعَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ أَنَّهُ غَلَطَ ، فَأَعْطَاهُ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَثَبَتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالرَّضَى بِهِ^(٢١) ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢٢) سَمَاعُ دَعْوَاهُ وَبَيِّنَتُهُ ، وَلَآنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ أَقْرَبَ بِالْغَلَطِ ، لَنُقْضَتِ الْقِسْمَةُ ، وَلَوْ سَقَطَ حَقُّ الْمُدَّعَى بِالرَّضَى ، لَمَا نُقْضَتِ الْقِسْمَةُ بِإِقْرَارِهِ ، كَمَا لَوْ وَهَبَهُ الزَّائِدُ ، وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَغَيْرُهُمْ فِي مَنْ بَاعَ دَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَذْرُعَ ، فَبَاءَتْ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي ٥٥/١١ ط الْآخَرِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، وَالتَّقْصُصُ عَلَيْهِ . وَالْبَيْعُ إِنَّمَا يَلْزَمُ بِالرَّاضِي ، فَلَوْ كَانَ / التَّرَاضِي يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ ، لَسَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الزِّيَادَةِ ، وَحَقُّ الْمُشْتَرَى مِنَ التَّقْصِصِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَآنَ مَنْ رَضِيَ بِشَيْءٍ بِنَاءً عَلَى ظَنِّ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، لَمْ يَسْقُطْ بِهِ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمَا شَيْئًا ، وَتَرَاضِيَا بِهِ^(٢٣) ، ثُمَّ بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا تُعْطَى الْمَظْلُومُ حَقُّهُ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَلَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ ، كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ الْغَلَطُ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ الْمُسْلَمِ فِيهِ . قُلْنَا : لِأَنَّ الْغَلَطَ هُنَا فِي نَفْسِ الْقِسْمَةِ ، بِتَقْوِيَةِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِهَا ، وَهُوَ تَعْدِيلُ السَّهَامِ ، فَتَبْطُلُ لِقَوَاتِ شَرْطِهَا ، وَفِي الْمُسْلَمِ^(٢٤) وَالثَّمَنِ الْغَلَطُ فِي الْقَبْضِ دُونَ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ الْغَلَطُ فِي قَبْضِ عَوَاضِهِ فِي صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : إذا اقتسم^(٢٥) الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً ؛ نظرت ، فإن كان

(٢٠) في ب ، م : « شهد » .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في م : « يمنع » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب : « السلم » .

(٢٥) في الأصل : « قسم » .

مُعَيَّنًا فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَبْطُلُ ، بَلْ يُخَيَّرُ مَنْ ظَهَرَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِمَا يَبْقَى مِنْ حَقِّهِ ، كَالْوَجَدِ عَيْنًا فِيمَا أَخَذَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا قِسْمَةٌ لَمْ تُعْدَلْ فِيهَا السَّهَامُ ، فَكَانَتْ بَاطِلَةً ، كَالْوَفَعْلَا ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِمَا بِالْحَالِ . وَأَمَّا إِذَا بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَعِيًّا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُمْنَعَ الْمَسْأَلَةُ ، فَنَقُولُ بِبُطْلَانِ الْقِسْمَةِ ؛ لَعَدَمِ التَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُؤْتَرِ فِي الْبُطْلَانِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْمُسْتَحَقِّ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقِّ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، وَقَدْ أَفْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَرَرُ الْمُسْتَحَقِّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ ، مِثْلُ أَنْ يَسُدَّ طَرِيقَهُ ، أَوْ مَجْرَى مَائِهِ ، أَوْ ضَوْؤُهُ ، أَوْ نَحْوُ هَذَا ، فَتَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَمْنَعُ التَّعْدِيلَ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، بَطَلَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ / الْمُسْتَحَقُّ مُشَاعًا فِي نَصِيبَيْهِمَا^(٢٦) ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ^(٢٧) شَرِيكُهُمَا وَقَدْ اقْتَسَمَا مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ وَلَا إِذْنِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ لَهَا شَرِيكٌ يَعْلَمَانِهِ ، فَاقْتَسَمَا دُونَهُ . وَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الْمُسْتَحَقَّ حَالَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ أَحَدَهُمَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْوَلَمْ يَعْلَمَاهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٥٦/١١ و

فصل : وَإِذَا ظَهَرَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا عَيْبٌ لَمْ يَعْلَمْهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَلَهُ فَسْخُ الْقِسْمَةِ أَوْ الرُّجُوعُ بِأَرْشِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ فِي نَصِيبِهِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَالْمُشْتَرَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيهَا شَرْطٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارَتَيْنِ ، فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا ، وَبَنَى فِيهَا ، أَوْ اقْتَسَمَا أَرْضَيْنِ ، فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ أَوْ غَرَسَ ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ ، وَنُقِصَ بِنَاؤُهُ ، وَقُلِعَ^(٢٨)

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « نَصْفَيْهِمَا » .

(٢٧) فِي م : « الثَّلَاثُ » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « وَقُطِعَ » .

عَرَسُهُ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِ الْبِنَاءِ وَالْعَرَسِ . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ^(٢٩) أَبُو جَعْفَرٍ ^(٢٩) ، وَحَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ^(٣٠) ؛ لِأَنَّهُ بَنَى وَعَرَسَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِنَقْصِ ذَلِكَ عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى فِي مِلْكِ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّ الدَّارَيْنِ لَا يُقْسَمَانِ قِسْمَةَ إِجْبَارٍ عَلَى أَنْ تَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، وَإِنَّمَا يُقْسَمَانِ كَذَلِكَ بِالتَّرَاضِي ، فَتَكُونُ جَارِيَةً مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَلَوْ بَاعَهُ الدَّارَ جَمِيعَهَا ، ثُمَّ بَائَتْ مُسْتَحَقَّةً ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ كُلِّهِ ، فَإِذَا بَاعَهُ نَصْفَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنَصْفِهِ ، وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي كُلِّ قِسْمَةٍ جَارِيَةٍ مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَهِيَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي ، كَالَّذِي ^(٣١) فِيهِ رَدُّ عَوْضٍ ، وَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَتِهِ لِضَرَرٍ فِيهِ ، وَغَوِي ذَلِكَ . فَأَمَّا قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ ، إِذَا ظَهَرَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا بَعْدَ الْبِنَاءِ وَالْعَرَسِ فِيهِ ، فَتُنْقَضُ الْبِنَاءُ ، وَقُلِعَ الْعَرَسُ ، فَإِنْ قُلْنَا : الْقِسْمَةُ بَيْعٌ . فَالْحُكْمُ / فِيهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ بَيْعًا . لَمْ يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَه لَمْ يُعْرِهَ ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ ^(٣٢) إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا أَفْرَزَ حَقَّهُ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ لَهُ مَا عَرِمَ فِيهِ . هَذَا الَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا .

٥٦/١١ ظ

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَ الْوَرَثَةُ تَرَكَةَ الْمَيِّتِ ، ثُمَّ بَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا وِفَاءَ لَهُ إِلَّا مِمَّا اقْتَسَمُوهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِيهَا ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا بِغَيْرِ رِضَاهُمْ ، فَأَشْبَهَ تَعَلُّقَ دَيْنِ الْجَنَائَةِ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ، وَيُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ ^(٣٣) بِهِ بِرِضَايِ مَالِكِهِ وَاخْتِيَارِهِ . فَعَلِيَ هَذَا يُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ شِئْتُمْ وَفَيْتُمُ الدَّيْنَ وَالْقِسْمَةَ بِحَالِهَا ، وَإِنْ أَبَيْتُمْ ^(٣٤) تُقَضَّتِ الْقِسْمَةُ وَبِيعَتِ التَّرَكَةُ فِي الدَّيْنِ . فَإِنْ أَجَابَ أَحَدُهُمْ ، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ، يَبِيعُ نَصِيبُ الْمُمْتَنِعِ وَحْدَهُ ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الْمُجِيبِ بِحَالِهِ . وَإِنْ كَانَتْ ^(٣٥) ثُمَّ وَصِيَّةٌ

(٢٩-٢٩) لم يرد في الأصل .

(٣٠) سقط من الأصل .

(٣١) في م : « الذي » .

(٣٢) في ب ، م : « ينقل » .

(٣٣) في ب ، م : « يتعلق » .

(٣٤) في ب ، م : « شئتم » .

(٣٥) في ب ، م : « كان » .

بجزءٍ من المَقْسُوم ، فالحكمُ فيه كالمو^(٣٦) ظهر مُسْتَحَقًا ، على ما مرَّ من التَّفْصِيل فيه ؛
لأنَّه يُسْتَحَقُّ أَخْذُهُ . وإن كانتِ الوَصِيَّةُ بِمالٍ غيرِ مُعَيَّن ، مثل أن يُوصِيَ بِمِائَةِ دِينَارٍ ،
فحُكْمُهَا حُكْمُ الدِّينِ ، على ما بَيَّنَّا .

فصل : وإذا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْآخَرِ الْمُهَايَاةَ مِنْ غَيْرِ قِسْمَةٍ ، إمَّا فِي الْأَجْزَاءِ
بأن يَجْعَلَ لِأَحَدِهِمَا بَعْضَ الدَّارِ يَسْكُنُهَا ، أَوْ بَعْضَ الْحَقْلِ يَزْرَعُهُ ، وَيَسْكُنَ الْآخَرُ ،
وَيَزْرَعُ فِي الْبَاقِي^(٣٧) ، أَوْ يَسْكُنَ أَحَدُهُمَا ، وَيَزْرَعُ سَنَةً ، وَيَسْكُنَ الْآخَرُ ، وَيَزْرَعُ سَنَةً
أُخْرَى ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُجْبَرُ ؛
لأنَّ فِي الْأَمْتِنَاجِ مِنْهُ ضَرَرٌ ، فَيَنْتَفِي بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٣٨) .
وَوَافَقَنَا أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَبِيدِ خَاصَّةً ، عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُهَايَاةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُهَايَاةَ
مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا كَالْبَيْعِ ، وَلأنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ^(٣٩) الْمَنْفَعَةِ عَاجِلٌ ، فَلَا يَجُوزُ
تَأْخِيرُهُ بِغَيْرِ رِضَاةٍ ، كَالدِّينِ ، وَكَأَيُّ الْعَبِيدِ^(٤٠) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَيُخَالِفُ قِسْمَةَ الْأَصْلِ ،
فإنَّه إِفْرَازُ النَّصِيبَيْنِ^(٤١) ، / وَتَمْيِيزُ أَحَدِ الْحَقَّيْنِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُمَا إِنْ^(٤٢) اتَّفَقَا عَلَى
الْمُهَايَاةِ ، جَازَ ؛ لأنَّ الْحَقَّ لُهُمَا ، فَجَازَ فِيهِمَا تَرْضَايَا عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ التَّرَاضِي ، وَلَا يَلْزَمُ ، بَلْ
مَتَى رَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنْهَا ، انْتَقَضَتِ الْمُهَايَاةُ . وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ،
وَانْتَقَضَتِ الْمُهَايَاةُ . وَوَافَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ فِي انْتِقَاضِهَا بِطَلَبِ الْقِسْمَةِ . وَقَالَ
مَالِكٌ : تَلْزَمُ الْمُهَايَاةُ ؛ لأنَّه يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، فَلَزِمَتْ ، كَقِسْمَةِ الْأَصْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
بَذَلُ مَنْفَعَةٍ لِيَأْخُذَ مَنْفَعَةً مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا لِيُعِيرَهُ شَيْئًا آخَرَ إِذَا
اِحْتِيَاجٌ إِلَيْهِ ، وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا إِفْرَازُ^(٤٣) حَقٍّ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) في الأصل : « الثاني » .

(٣٨) في م : « ضرار » . وتقدم تخريجه ، في : ١٤٠ / ٤ .

(٣٩) في ب ، م : « في » .

(٤٠ - ٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) في م : « إذا » .

(٤٢) في الأصل : « إقرار » .

فصل : قال أحمد ، في قوم اقتسموا داراً ، وحصل بعضهم فيها زيادة أذرع ، وبعضهم نقصان ، ثم باعوا الدار جملة واحدة : قُسمَت الدار بينهم على قدر الأذرع . يعنى أن الثمن يُقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة^(٤٣) ملكه فيها . مثل أن يكون لأحدهما الخمسان ، فيحصل له أربعون ذراعاً ، وللآخر ثلاثة أخماس ، فيحصل له ستون ، فإن الثمن يُقسم بينهما أخماساً على قدر ملكهما في الدار ،^(٤٤) فأمّا إن^(٤٥) كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها ، مثل دار تكون^(٤٥) بينهما نصفين ، فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً ، وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعاً ، فلا ينبغي أن يُقسم الثمن على قدر الأذرع ، بل يُقسم بينهما نصفين ؛ لأنّ الستين ههنا معدولة بالأربعين ، فكذلك يُعدّل بها^(٤٦) في الثمن . والله أعلم . وقال أحمد ، في قوم اقتسموا داراً كانت أربعة سطوح ، يجرى عليها الماء ، فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه ، وقال : هذا شيء قد صار لي . قال : إن كان بينهما شرط أنه يرُد الماء ، فله ذلك ، فإن لم يشترط ، فليس له منعه . ووجهه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا ، فافتضى ذلك أن يملك / كل واحد حصته بحقوقها ، وكأ لو اشتراها بحقوقها ، ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجرى إليه معتاداً له ، وهو على سطح المانع ، فلهذا استحققه حالة الإطلاق ، فإن تشارطاً على رده ، فالشرط أملك ، والمؤمنون على شروطهم . وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً ، فحصلت^(٤٧) الطريق في نصيب أحدهما ، وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه ، وإلا بطلت القسمة ؛ وذلك لأنّ القسمة تقتضى التعديل ، والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة قليلة ، فلا يحصل التعديل ، ولأنّ من شرط الإيجاب على القسمة ، أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الاتِّفَاع به ، وهذا لا ينتفع به أخذه ، فإن كان قد أخذه راضياً به ، عالماً بأنه لا طريق له ،

(٤٣) في الأصل : « زيادة » .

(٤٤-٤٥) في ب ، م : « فإن » .

(٤٥) سقط من : ب ، م .

(٤٦) في الأصل ، أ : « فيها » .

(٤٧) في ب ، م : « فصل » .

جَازَ ؛ لَأَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي بَيِّعَ ، وَشَرَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ جَائِزٌ ، وَقِيَاسُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ ، أَنَّ الطَّرِيقَ تَبْقَى بِحَالِهَا فِي نَصِيبِ الْآخَرِ ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ صَرْفُهَا عَنْهُ ، كَمَا جَرَى الْمَاءُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال : ولِلأَبِ وَالْوَصِيِّ قِسْمَةٌ مَالِ الصَّغِيرِ مَعَ شَرِيكِهِ ؛ لَأَنَّ الْقِسْمَةَ إِمَّا إِفْرَازٌ^(٤٨) حَقٌّ ، أَوْ بَيْعٌ ، وَكِلَاهُمَا جَائِزُهُمَا ، وَلَأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَصْلَحَةٌ لِلصَّبِيِّ ، فَجَازَتْ ، كَالشِّرَاءِ لَهُ ، وَيَجُوزُ لهما قِسْمَةُ التَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فِي الْعَوَضِ ؛ لَأَنَّ فِيهِ دَفْعًا لَضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ لَضَرَرِ الْحَاجَةِ إِلَى قَضَاءِ الدِّينِ ، أَوْ الْحَاجَةِ إِلَى التَّفَقُّعِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ إِلَّا بِتَوَلِّيَةِ الْإِمَامِ ، أَوْ مَنْ فَوَّضَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ ذَلِكَ^(٤٩) ، فَإِنْ كَانَ مَنْ وَلَاهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، فَهَلْ تَصَحُّ وِلَايَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيَلْزَمُ الْإِمَامُ أَنْ يَخْتَارَ لِلْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَفْضَلَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَهُمْ . وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي تَنْعَقِدُ بِهَا الْوِلَايَةُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ، الصَّرِيحُ سَبْعَةُ أَلْفَاظٍ ؛ وَهِيَ^(٥٠) : قَدْ وَلَّيْتُكَ الْحُكْمَ ، وَقُلْدْتُكَ ، وَاسْتَنْتَبْتُكَ ، وَاسْتَخْلَفْتُكَ ، وَرَدَدْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ ، وَقَوَّضْتُ إِلَيْكَ ، وَجَعَلْتُ إِلَيْكَ . فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ مِنَ الْمُوَلَّى ، وَجَوَابُهَا مِنَ الْمُوَلَّى بِالْقَبُولِ ، / انْعَقَدَتِ الْوِلَايَةُ . وَأَمَّا الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ أَلْفَاظٍ : قَدْ اعْتَمَدْتُ عَلَيْكَ ، وَعَوَّلْتُ عَلَيْكَ ، وَوَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَأَسْنَدْتُ إِلَيْكَ . فَلَا تَنْعَقِدُ الْوِلَايَةُ بِهَا حَتَّى تَقْتَرَنَ بِهَا قَرِينَةٌ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : فَاحْكُمْ فِيمَا وَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَانْظُرْ فِيمَا أَسْنَدْتُ إِلَيْكَ ، وَتَوَلَّ مَا عَوَّلْتُ فِيهِ^(٥١) عَلَيْكَ . وَإِذَا صَحَّحَتِ الْوِلَايَةُ ، وَكَانَتْ عَامَّةً ، اسْتِفَادَ بِهَا النَّظَرُ فِي عَشْرَةِ أَشْيَاءَ : فَصْلُ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِمَّنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ ، وَدَفْعُهُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَالنَّظَرُ فِي أُمُورِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ ، وَالْحَجَرُ عَلَى مَنْ يَرَى الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ^(٥٢) أَوْ فَلْسٍ ، وَالنَّظَرُ فِي الْوُقُوفِ ، فِي عَمَلِهِ فِي حِفْظِ أُصُولِهَا ، وَإِجْرَاءِ قُرُوعِهَا عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ، وَتَرْوِيجُ الْأَيَّامِ اللَّائِي لَا أَوْلِيَاءَ لَهُنَّ ، وَإِقَامَةُ الْحُدُودِ ، وَالنَّظَرُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِي عَمَلِهِ بِكَيْفِ الْأَذَى عَنْ طُرُقَاتِ

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « إِفْرَار » .

(٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « بِسَفِهِ » .

المُسْلِمِينَ ، وَأَفْنَيْتَهُمْ ، وَتَصَفَّحُ حَالِ شُهُودِهِ وَأَمْنَائِهِ ، وَالاسْتِبْدَالُ بِمَنْ ثَبَّتَ جَرْحُهُ مِنْهُمْ ، وَالْإِمَامَةُ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ . وَفِي جَبَايَةِ الْحَرَّاجِ ، وَأَخَذِ الصَّدَقَةِ وَجْهَانِ .

فصل: ^(٥٢) وَيُوصِي الْوُكَلَاءَ وَالْأَعْوَانَ ^(٥٣) عَلَى بَابِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَالرَّفَقِ بِالْخُصُومِ ، وَقِلَّةِ الطَّمَعِ ، وَيَجْتَهِدُ أَنْ لَا ^(٥٤) يَكُونُوا إِلَّا ^(٥٥) شِيُوخًا أَوْ كُهُولًا مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالصِّيَانَةِ وَالْعِفَّةِ .

فصل: قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : يُكْرَهُ لِلْقَاضِي أَنْ يُفْتِيَ فِي الْأَحْكَامِ . كَانَ شُرَيْحٌ يَقُولُ : أَنَا أَقْضِي وَلَا أُفْتِي . وَأَمَّا الْفُتْيَا فِي الطَّهَارَةِ وَسَائِرِ مَا لَا يُحْكَمُ فِي مِثْلِهِ ، فَلَا بَأْسَ بِالْفُتْيَا فِيهِ ^(٥٥) .

(٥٢) فِي ب ، زِيَادَةٌ : « قَالَ » .

(٥٣) فِي ب ، م : « وَالْأَعْيَانِ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٥٥) جَاءَ بَعْدَ هَذَا فِي م : بَابُ الْحِضَانَةِ . وَلَمْ يَرِدْ فِي سَائِرِ الْمَخْطُوطَاتِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا فِيهِ فِي : بَابِ مَنْ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ ، فِي ٤١٢/١١ - ٤٣٣ . وَبَعْدَ الْبَحْثِ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الْبَابَ فِي م مَنْقُولٌ مِنَ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ ٢٣٢/٥ - ٢٤١ . فَرَاغَهُ

كتاب الشهادات

والأصل فيها^(١) الكتاب والسنة والإجماع والعبرة ؛ أما الكتاب ، فقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٣) . ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾^(٤) . وأما السنة ، فما روى / وائل بن حجر ، قال : جاء رجل من حَضْرَمَوْت ، ورجل من كِنْدَة ، إلى النبي ﷺ ، فقال الحَضْرَمِيُّ : يا رسول الله ، إن هذا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فقال الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، وَلَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ . فقال النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ : « أَلَكْ بَيْنَةُ ؟ » . قال : لا . قال : « فَلَكَ يَمِينُهُ » . قال : يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ . قال : « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ » . قال : فَأَنْطَلَقَ الرَّجُلُ لِيُخْلِفَ لَهُ ، فقال رسول الله ﷺ لَمَّا أَذْبَرَ : « لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لَيَأْكُلَهُ ظُلْمًا ، لَيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ » . قال التِّرْمِذِيُّ^(٥) : هذا حديث حسن صحيح . وروى محمد بن عُبيد الله العَرَزَمِيُّ^(٦) ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٧) . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حديث في إسناده مقال ، والعَرَزَمِيُّ يُضَعِّفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ ، ضَعَّفَهُ ابْنُ الْمُبَارِكِ وَغَيْرُهُ ، إِلَّا أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ أَجْمَعُوا عَلَى هَذَا . قال التِّرْمِذِيُّ : وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ

(١) في ب ، م : « في الشهادات »

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) سورة الطلاق ٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤/١٣ .

(٥) في م : « العزمي » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ . وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

وغيرهم . ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التَّجَاوُذِ بين الناس ، فوجب الرجوع إليها . قال شَرِيحُ : الْقَضَاءُ جَمْرٌ ، فَتَحِهِ عَنْكَ بِمُؤَدِّيْنِ ^(٧) . يعنى الشَّاهِدَيْنِ . وإنَّما الْخَصْمُ دَاءٌ ، وَالشَّهَادَةُ شِفَاءٌ ، فَأَفْرِغِ الشِّفَاءَ عَلَى الدَّاءِ ^(٨) .

فصل : وَتَحْمِلُ الشَّهَادَةُ وَأَدَاؤُهَا فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ ^(٩) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ ^(١٠) . وَإِنَّمَا خَصَّ الْقَلْبَ بِالْإِثْمِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْعِلْمِ بِهَا ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ أَمَانَةٌ ، فَلَزِمَ أَدَاؤُهَا ، كَسَائِرِ الْأَمَانَاتِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ دُعِيَ إِلَى تَحْمِيلِ شَهَادَةٍ فِي نِكَاحٍ أَوْ دَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَزِمَتْهُ الْإِجَابَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ شَهَادَةٌ فَدُعِيَ إِلَى أَدَائِهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ قَامَ بِالْفَرَضِ فِي التَّحْمِيلِ أَوْ الْأَدَاءِ اثْنَانِ ، سَقَطَ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ امْتَنَعَ الْكُلُّ أَثِمُوا ، وَإِنَّمَا / ٥٩/١١ يَأْتُمُ الْمُمْتَنِعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، وَكَانَتْ شَهَادَتُهُ تَنْفَعُ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي التَّحْمِيلِ أَوْ الْأَدَاءِ ، أَوْ كَانَ مَمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى التَّبَدُّلِ فِي التَّرَكِّيَةِ وَنَحْوِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ ^(١١) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١٢) . وَلَئِنْ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَضُرَّ نَفْسَهُ لِيَنْتَفِعَ ^(١٣) غَيْرُهُ . وَإِذَا كَانَ مَمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الشَّهَادَةِ لَا يَحْصُلُ مِنْهُ . وَهَلْ يَأْتُمُ بِالْامْتِنَاعِ إِذَا وَجَدَ غَيْرُهُ مَمَّنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَأْتُمُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَيَّنَ بَدْعَايُهُ ، وَلَئِنْ مَنَّهُ عَنِ الْامْتِنَاعِ بِقَوْلِهِ : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ . وَالثَّانِي ، لَا يَأْتُمُ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَا ^(١٤) يَتَعَيَّنُ فِي حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُدْعَ إِلَيْهَا . فَأَمَّا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ . فَقَدْ رَوَى ^(١٥) بِالْفَتْحِ وَالرُّفْعِ ، فَمَنْ رَفَعَ فَهُوَ خَبَرٌ ، مَعْنَاهُ النَّهْيُ ،

(٧) انظر : أخبار القضاة ، لوكيع ٢/ ٢٨٩ .

(٨) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٩) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٠) في م : « ضرر » . وتقدم تحريجه ، في : ١٤٠/٤ .

(١١) في ب ، م : « لنفع » .

(١٢) في ب ، م : « فلم » .

(١٣) في م : « قرئ » .

(١٤) وَيَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْكَاتِبُ فَاعِلًا^(١٤) ؛ أَيْ لَا يَضُرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ مَنْ يَدْعُوهُ ، بَأَنْ لَا يُجِيبَ ، أَوْ يَكْتُبَ مَا لَمْ يُسْتَكْتَبْ ، أَوْ يَشْهَدَ مَا لَمْ^(١٥) يُسْتَشْهَدْ بِهِ .
والثاني ، أَنْ يَكُونَ « يَضَارُّ » فِعْلٌ مَا لَمْ يُسَمَّ فاعِلُهُ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَمَعْنَى الْفَتْحِ وَاحِدًا ؛ أَيْ لَا يَضُرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ بَأَنْ^(١٦) يُقْطَعَا عَنْ شُعْلِهِمَا بِالْكِتَابَةِ وَالشَّهَادَةِ ، وَيُمْنَعَا حَاجَتُهُمَا . وَاشْتِقَاقُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْمَشَاهِدَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يُخْبِرُ عَمَّا يَشَاهِدُهُ . وَقِيلَ :
لِأَنَّ الشَّاهِدَ بَخِيرَهُ يَجْعَلُ^(١٧) الْحَاكِمَ كَالْمُشَاهِدِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَتُسَمَّى بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهَا تُبَيِّنُ مَا التَّبَسَّسَ ، وَتَكْشِفُ الْحَقَّ فِيمَا اخْتَلَفَ فِيهِ .

١٨٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِي الزَّيْنَى إِلَّا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ غَدُولٍ أَوْ حُرَّارٍ مُسْلِمِينَ)

أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي^(١) الزَّيْنَى أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ : ﴿ لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَذِبُونَ ﴾^(٢) . فِي آيٍ سِوَاهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ^(٣) قَالَ : « أَرْبَعَةٌ ، وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ »^(٤) . فِي أَخْبَارٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ^(٥) يُشْتَرَطُ كَوْنُهُمْ مُسْلِمِينَ ، غَدُولًا ، ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . / وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونُوا رِجَالًا أَوْ حُرَّارًا ، فَلَا تُقْبَلُ^(٦) شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا الْعَبِيدِ .^(٧) وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَشَدَّ أَبُو ثَوْرٍ ، فَقَالَ : تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْعَبِيدِ^(٨) .

(١٤-١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ب : « بما » .

(١٦) في ب : « أن » .

(١٧) في ب ، م : « جعل » .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سورة النور ١٣ .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٧٣/٨ .

(٥) في ب زيادة : « فيه » .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

وَحُكِيَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَحَمَّادٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : تَجُوزُ شَهَادَةُ ثَلَاثَةِ رِجَالٍ وَامْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ وَاحِدٌ مِنْ عَدَدِ الرِّجَالِ ، فَقَامَ مَقَامَهُ امْرَأَتَانِ ، كَالْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، ظَاهِرُ الْآيَةِ ، وَأَنَّ الْعَبْدَ مُخْتَلَفٌ فِي شَهَادَتِهِ فِي الْمَالِ ، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي الْحَدِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشُّبُهَاتِ (٧) يَنْدَرِي ، وَلَا يَصِحُّ (٨) قِيَاسُ هَذَا عَلَى الْأَمْوَالِ ؛ لِخِفَةِ حُكْمِهَا ، وَشِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى إِثْبَاتِهَا ، لِكَثْرَةِ وَقُوعِهَا ، وَالْاِخْتِيَاظِ فِي حِفْظِهَا ، وَلِهَذَا زِيدَ فِي عَدَدِ شُهَدَاءِ الرَّئْيِ عَلَى شُهَدَاءِ الْمَالِ .

فصل : وفي الإقرارِ بالرَّئْيِ رَوَايَتَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُثْبِتُ بِشَاهِدَيْنِ ؛ قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الْأَقَارِيرِ . وَالثَّانِي ، لَا يُثْبِتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِحَدِّ الرَّئْيِ ، أَشْبَهَ فِعْلُهُ .

١٨٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا سِوَى الْأَمْوَالِ ، مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، أَقْلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ)

وهذا الْقِسْمُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْعُقُوبَاتُ ، وَهِيَ الْحُدُودُ وَالْقِصَاصُ ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ (٩) عَطَاءٍ ، وَحَمَّادٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يُقْبَلُ فِيهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ؛ قِيَاسًا عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا يُخْتَاطُ لِدَرْجَتِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، وَلِهَذَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَا تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى إِثْبَاتِهِ ، وَفِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ شُبْهَةٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (١٠) . وَأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُنَّ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى الْمَالِ ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَعُّيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) في ب ، م : « يصلح » .

(٩) في م : « على » .

(١٠) سورة البقرة ٢٨٢ .

وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَاتَّفَقَ هَؤُلَاءُ وَغَيْرُهُمْ عَلَى أَنَّهَا تُثَبِّتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، مَا خَلَا الزَّئْنَى ، إِلَّا الْحَسَنَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : الشَّهَادَةُ عَلَى الْقَتْلِ ، كَالشَّهَادَةِ / عَلَى الزَّئْنَى ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ إِتْلَافُ النَّفْسِ ، فَأَشْبَهَ الزَّئْنَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ الْقِصَاصَ فِي الطَّرَفِ ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْوَصْفِ لَا أَثَرُ لَهُ ، فَإِنَّ الزَّئْنَى الْمُوجِبَ لِلْحَدِّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ ، وَلَئِنْ حَدَّ الزَّئْنَى حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى يُقْبَلُ الرَّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ . وَيُعْتَبَرُ فِي شُهَدَاءِ هَذَا النَّوعِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالذِّكُورِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ وَالْعَدَالَةِ ، مَا يُعْتَبَرُ فِي شُهَدَاءِ الزَّئْنَى ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الثَّانِي ، مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ كَالنِّكَاحِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ ، وَالْإِبْلَاءِ ، وَالظُّهَارِ ، وَالنَّسَبِ ، وَالتَّوَكُّيلِ ، وَالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَالْوَلَاءِ ، وَالكِتَابَةِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا . فَقَالَ الْقَاضِي : الْمُعْوَلُ ^(٣) عَلَيْهِ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هَذَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ذَكَرْنِي ، وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ بِحَالٍ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ . وَقَدْ ثَقُلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْوَكَالَةِ : إِنْ كَانَتْ بِمُطَالَبَةِ دَيْنٍ — يَعْنِي تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ — فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا . وَوَجْهُ ذَلِكَ ؛ أَنَّ الْوَكَالَةَ فِي اقْتِضَاءِ الدَّيْنِ يُقْصَدُ مِنْهَا الْمَالُ ، فَيُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، كَالْحَوَالَةِ . قَالَ الْقَاضِي : فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا ، أَنَّ النِّكَاحَ وَحَقُّوقَهُ ، مِنَ الرَّجْعَةِ وَشِبْهِهَا ، لَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَمَا عَدَاهُ يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يُخْرَجُ فِي النِّكَاحِ وَالْعَتَاقِ أَيْضًا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَرَبِيعَةَ ، فِي الطَّلَاقِ . وَالثَّانِيَةِ ، تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ وَامْرَأَتَيْنِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَإِيَّاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ عَنْ عَطَاءٍ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالشَّبْهِةِ ، فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، كَالْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا يُقْصَدُ ^(٤) مِنْهُ الْمَالُ ، وَيَطْلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلنِّسَاءِ فِي

(٣) فِي ب : « الْمَعْمُول » .

(٤) فِي ب ، م : « الْمَقْصُود » .

٦٠/١١ ظ شهادته مدخل ، كالحدود والقصاص . وما ذكره لا يصح ؛ فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح ، وإن تُصوّر بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل ، لم يصح النكاح .

فصل : وقد نُقل عن أحمد ، رضى الله عنه ، في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة ؛ لحديث قبيصة بن المخارق : « حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوَى الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ ، لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَّةٌ »^(٥) . قال أحمد : هكذا جاء الحديث . فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه ، أنه لا يقبل قوله^(٦) . إنه وصى ، حتى يشهد له رجلان ، أو رجل عدل . فظاهر^(٧) هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد . وقال في الرجل يوصى ولا يحضره إلا النساء . قال : أجزى شهادة النساء ، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الأفراد ، إذا لم يحضره الرجال . قال القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة في حل المسألة ، لا في الإعسار .

فصل : ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ؛ لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، فليلاً يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ، ومالك ، في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الأموال خاصة ، لا يقع في حد ، ولا نكاح ، ولا طلاق ، ولا عتاق ، ولا سرقة ، ولا قتل . وقد قال الخرقى : إذا ادعى العبد أن سيده أعنته ، وأتى بشاهد ، حلف مع شاهده ، وصار حراً . ونص عليه أحمد . وقال في شريكين في عبد ، ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعنته حقه منه ، وكانا مُعسرَيْن عدلين : فليُعَد أن يخلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يخلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً . فيخرج مثل هذا في الكتابة ، والولاء ، والوصية ، والوديعة ، والوكالة ، فيكون في الجميع روايتان ، ما خلا العقوبات البدنية ، والنكاح ، وحقوقه ، فإنها لا تثبت بشاهد ويمين ، قولاً واحداً . قال القاضي : المعمول عليه في جميع ما ذكرناه ، أنه لا يثبت إلا بشاهدين . وهو قول الشافعي . وروى الدارقطني^(٧) ، بإسناده عن أبي سلمة ، عن أبي

(٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٩/٤ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) لم نجده عند الدارقطني ، في سبته ، وعزاه السيوطي إلى أبي نعيم ، وابن منده في المعرفة ، والديلمي . الجامع الكبير ١٠٥/١ .

هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اسْتَشْرْتُ جَبْرِيلَ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَأَشَارَ عَلَيَّ فِي الْأَمْوَالِ ، لَا تَعْدُو^(٨) ذَلِكَ » . وقال عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ؟ / قال : نعم في الأموال . وتفسير الراوي أَوْلَى مِنْ تفسير غيره . رواه الإمام أحمد ، وغيره^(٩) ، بإسنادهم .

١٨٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ أَقْلٌ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَرَجُلٍ عَدِلَ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَالَ كَالْقَرْضِ ، وَالْعَصَبِ ، وَالذُّيُونِ كُلِّهَا ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ كَالْبَيْعِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالصُّلْحِ ، وَالْمُسَاقَاةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ؛ كَجِنَايَةِ الْحَطِّ ، وَعَمْدِ الْحَطِّ ، وَالْعَمْدِ الْمُوجِبِ لِلْمَالِ دُونَ الْقصاصِ ، كَالْجَائِفَةِ ، وَمَادُونَ الْمُوضِحَةِ مِنَ الشُّجَاعِ ، ثَبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ .^(١٠) وقال أبو بكر : لَا تَثْبُتُ الْجِنَايَةُ فِي الْبَدَنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ^(١١) ؛ لِأَنَّهَا جِنَايَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ مَا يُوجِبُ الْقصاصَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَهَا الْمَالُ ، فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ ، وَفَارَقَ مَا يُوجِبُ الْقصاصَ ؛ لِأَنَّ الْقصاصَ لَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَالْمَالُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمَالَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ذَلِكَ فِي كِتَابِهِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ ﴾

(٨) في م ، ب : « تعد » .

(٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٣/١ . وأبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية ، سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٧/١ ، ١٦٨ . والشافعي ، انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ١٧٨/٢ .

وأخرجه دون لفظ : « نعم في الأموال » مسلم ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ . وابن ماجه ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ .

(١٠-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿٢﴾ .
وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ . وقد ذكرنا خبرَ أبي هُرَيْرَةَ ، وابنِ عَبَّاسٍ فِيهِ (٣) .

فصل : وأكثرُ أهلِ العلمِ يروْنَ ثبوتَ المالِ لمدَّعيه بشاهدٍ ويَمِينٍ . وروى ذلك عن أبي بكرٍ ، وعُمَرَ ، وعثمانَ (٤) ، وعليٍّ (٥) ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ . وهو قولُ الفقهاءِ السَّبعةِ ، وعُمَرَ ابنِ عبدِ العزيزِ ، والحسينِ ، وشُرَيْحٍ ، وإياسَ ، وعبدِ اللهِ بنِ عُتْبَةَ ، وأبى سَلَمَةَ بنِ عبدِ الرَّحْمَنِ ، ويحيى بنَ يَعْمَرَ ، وربيعَةَ ، ومالكٍ ، وابنِ أبي لَيْلى ، وأبى الزَّنادِ ، والشَّافِعِيَّ . وقالَ الشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، والأَوْزَاعِيُّ : لا يَقْضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وقالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : مَنْ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ، نَقَضْتُ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ . فَمَنْ زَادَ فِي ذَلِكَ ، فَقَدْ زَادَ فِي النَّصِّ ، وَالزِّيَادَةُ فِي النَّصِّ نَسْخٌ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (٦) . فَحَصَرَ الْيَمِينَ فِي جَانِبِ / الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، كَمَا حَصَرَ الْبَيِّنَةَ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى . وَلَنَا ، مَا رَوَى سُهَيْلٌ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ . رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » ، وَالْأَثَمَةُ مِنْ أَهْلِ السُّنَنِ وَالْمَسَانِيدِ (٧) ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ (٨) غَرِيبٌ ،

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) تقدما في صفحة ١٢٨ ، ١٢٩ .

(٤) ما روى عن أبي بكرٍ وعمرٍ وعثمانَ ، أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢١٥/٤ .

(٥) سقط من : ب . وأخرجه الترمذی ، في : باب ماجاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذی ٩٠/٦ . والدارقطني ، في الكتاب السابق . سنن الدارقطني ٢١٢/٤ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٩/١٠ ، ١٧٠ ، ١٧١ .

(٦-٦) في ب ، م : « من أنكر » . والحديث تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ . وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .
(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . والترمذی ، في : باب ماجاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذی ٨٩/٦ . من نفس الباب . وابن ماجه ، في : القضاء بالشاهد واليمين . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٨/١٠ ، ١٦٩ .
(٨) سقط من : الأصل ، ب .

وفي الباب عن عليٍّ ، وابن عباسٍ ، وجابرٍ ، وسُرِّقٍ^(٩) . وقال النسائي^(١٠) : إسناده حديث ابن عباسٍ في اليمين مع الشاهد إسناده جيدٌ . ولأن اليمين تُشترعُ في حقٍّ من ظهر صدقه ، وقوى جانبه ، ولذلك شرعتُ في حقِّ صاحب اليد لقوة جنبته بها ، وفي حقِّ المتكرِّر لقوة جنبته ، فإن الأصل براءة ذمته ، والمدعى ههنا قد ظهر صدقه ، فوجب أن تُشترع اليمين في حقه . ولا حجة لهم في الآية ؛ لأنها دلَّت على مشروعية الشاهدين ، والشاهد والمرأتين ، ولا نزاع في هذا . وقولهم : إن الزيادة في النصِّ نسخٌ . غير صحيح ؛ لأنَّ النسخَ الرُّفْعُ والإزالة ، والزيادة في الشيء تقريرٌ له ، لا رُفْعٌ ، والحكم بالشاهد واليمين لا يَمْنَعُ الحكم بالشاهدين ، ولا يرفعُه ؛ ولأن الزيادة لو كانت متصلةً بالمزيد عليه لم ترفعُه ، ولم تكن نسخًا ، فكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة في التَّحْمِيلِ دون الأداء ، ولهذا قال : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(١١) . والنزاع في الأداء ، وحديثهم ضعيفٌ ، وليس هو للحصْر ؛ بدليل أن اليمين تُشترعُ في حقِّ المودع إذا ادَّعى ردَّ الوديعة وتلقاها ، وفي حقِّ الأمانة لظهور جانبهم^(١٢) ، وفي حقِّ الملاعِن ، وفي القسامة ، وتُشترعُ في حقِّ البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة . وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين ، يتضمَّن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ ، والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾^(١٣) . والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله ﷺ ، أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

فصل : قال القاضي : يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه ؛ مثل

(٩) في ب ، م : « مسروق » تحريف . وانظر : عارضة الأحوذى ٩٠/٦ ، ونصب الراية ١٠٠/٤ .

(١٠) في السنن الكبرى . انظر : تحفة الأشراف ١٨٧/٥ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في ١ ، ب ، م : « جنائهم » .

(١٣) سورة النساء ٦٥ .

أن يجد بخطه دينا له على إنسان ، وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقا ، ولم يذكره ، أو يجد في رُزمانج^(١٤) أبيه بخطه دينا له على إنسان ، ويعرف من أبيه الأمانة ، وأنه لا يكتب إلا حقا ، فله أن يخلف عليه ، ولا يجوز أن يشهد به ، ولو أخبره بحق أبيه ثقة ، فسكن إليه ، جاز أن يخلف عليه ، ولم يجز له أن يشهد به . وهذا قال الشافعي ، والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين ؛ أحدهما ، أن الشهادة لغيره^(١٥) ، فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ، ولا يحتمل هذا فيما يخلف عليه ؛ لأن الحق إنما هو للحالف ، فلا يزور أحد عليه . الثاني ، أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه ، بخلاف الشهادة .

فصل : وكل موضع قبل فيه ^(١٦) الشهادة بالشاهد^(١٦) واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلما أو كافرا ، عذلا أو فاسقا ، رجلا أو امرأة . نص عليه أحمد ؛ لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف ، كالمكبر إذا لم تكن بيته .

فصل : قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبى أن يخلف ، استخلف المطلوب . وهذا قول مالك ، والشافعي . ويروى عن أحمد : فإن أبى المطلوب أن يخلف ، ثبت الحق عليه .

فصل : ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى . وبه قال الشافعي . وقال مالك : يقبل ذلك في الأموال ؛ لأنهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل ، فحلف معهما ، كما يخلف مع الرجل . ولنا ، أن البيعة على المال إذا خلعت من رجل لم تقبل ، كالمشهد أربع نسوة ، وما ذكره ينطّل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه ، لكفى أربع نسوة مقام رجلين ، ولقبيل^(١٧) في غير / الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة ، تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة ، فيضم ضعيف إلى ضعيف ، فلا يقبل .

(١٤) أى : دفتره .

(١٥) في الأصل : « غيره » .

(١٦-١٦) في ب ، م : « الشاهد » .

(١٧) في ب : « ويقبل » .

فصل : إذا ادَّعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من جزره ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه ، أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال^(١٨) المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ؛ لأن هذه حجة في المال دون القطع . وإن ادَّعى على رجل أنه قتل وليه عمداً ، فأقام شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده ، لم يثبت قصاص ولا دية . والفرق بين المسألتين أن السرقة تُوجب القطع والعزم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر ، والقتل العمد موجب القصاص عينا ، في إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ، ولا يجب البدل ما لم يوجد موجب^(١٩) المبدل . وفي الرواية الأخرى ، الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار ، أو التعذر^(٢٠) ، ولم يوجد واحد منهما . وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين ؛ لأنها شهادة^(٢١) على فعل يُوجب^(٢٢) الحد والمال ، فإذا بطلت في أحدهما^(٢٣) بطلت في الآخر^(٢٤) . والأول أولى ؛ لما ذكرناه . وإن ادَّعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ، ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثاني ؛ لأنه خطأ موجب المال ، ولم يثبت قتل الأول ؛ لأنه عمد موجب القصاص ، فهما كالجنائيتين المفترقتين . وعلى قول أبي بكر ، لا يثبت شيء منهما ؛ لأن الجنابة عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره . ولو ادَّعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا ، فحلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه ، استحق المسروق والمغضوب ؛ لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم^(٢٥) يثبت طلاق ولا عناق^(٢٥) ؛ لأن هذه

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : « والتعذر » .

(٢١-٢٢) في الأصل : « توجب » .

(٢٢) في ب ، م : « إحداهما » .

(٢٣) في ب ، م : « الأخرى » .

(٢٤) في الأصل : « ولا » .

(٢٥) في الأصل : « عتق » .

٦٣/١١ و البيئَةُ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ دُونَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ . وظاهرُ مذهبِ / الشَّافِعِيِّ ^(٢٦) ، في هذا الفصل كَمَذْهَبِنَا ، إِلَّا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ عَنْ أَصْحَابِنَا .

فصل : ولو ادَّعى جاريةً في يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنها ابنه منها ، ولِدَ في ملكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده ، حُكِمَ له بالجارية ؛ لأنَّ أمَّ الولد مملوكةٌ له ، ولهذا يملكُ وطأها وإجارتها وتزويجها ، ويثبتُ لها حُكْمُ الاستيلاء بإقراره ؛ لأنَّ إقراره ينفذُ في ملكه ، والملكُ يثبتُ بالشَّاهد والمرأتين ، والشَّاهد واليمين ، ولا يحكمُ له بالولد ؛ لأنَّه يدَّعي نسبَه ، والنَّسَبُ لا يثبتُ بذلك ، ويدَّعي حرِّيَّته أيضاً ، فعلى هذا يُقَرُّ الولدُ في يد المُنكَرِ مملوكاً له . وهذا أحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ ، وقال في الآخر : يأخذها ولدها ، ويكون ابنه ؛ لأنَّ مَنْ ثَبَّتَ له العَيْنُ ثَبَّتَ له نَمَاهُا ، والولدُ نَمَاهُا . وذكر أبو الخطَّاب فيها عن أحمدَ روايتين ، كقولَي الشَّافِعِيِّ . ولنا ، أنَّه لم يدَّعِ الولدُ ملكاً ، وإنما يدَّعي حرِّيَّته ونسبَه ، وهذان لا يثبتان بهذه البيئَةِ ، فيتَقَيَّانِ على ما كانا عليه .

فصل : وإن ادَّعى رجلُ أنَّه خالِعُ امرأته ، فأنكرته ^(٢٧) ، ثَبَّتَ ذلك بشاهِدٍ وامرأتين ، أو يَمِينِ المُدَّعَى ؛ لأنَّه يدَّعي المَالِ الذي خالَعَتْ به . وإن ادَّعتِ ذلك المرأةُ ، لم يثبتُ إِلَّا بشهادة رجلين ؛ لأنها لا تقصِدُ منه إِلَّا الفَسْخَ وَخُلَاصَهَا مِنَ الزَّوْجِ ، ولا يثبتُ ذلك إِلَّا ^(٢٨) بهذه البيئَةِ .

١٨٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْبَلُ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، مِثْلُ الرِّضَاعِ ، وَالْوِلَادَةِ ، وَالْحَيْضِ ، وَالْعِدَّةِ ، وَمَا أَشَبَّهَا ، شَهَادَةُ امْرَأَةٍ عَدِلٍ ^(١))

لا نعلمُ بين أهل العلمِ خلافاً في قَبُولِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ فِي الْجُمْلَةِ . قَالَ الْقَاضِي : وَالَّذِي تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَتُهُنَّ مُتَفَرِّدَاتٍ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ ؛ الْوِلَادَةُ ، وَالِاسْتِهْلَالُ ،

(٢٦) في الأصل زيادة : « في ظاهر مذهبه » .

(٢٧) في ب ، م : « فأنكرت » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(١) في الأصل : « عدلة » .

والرِّضَاعُ ، والعُيُوبُ تحت الثَّيَابِ كالرَّتْقِ والْقَرَنِ والبَكَارَةِ والتَّيَّابَةِ والْبَرَصِ ، وأنْقِضَاءُ العِدَّةِ . وعن أَى حَنِيفَةٍ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ مُنْفِرِدَاتٍ عَلَى الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَطَّلِعَ عَلَيْهِ مَحَارِمُ الْمَرْأَةِ مِنَ الرِّجَالِ / ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِالنِّسَاءِ مُنْفِرِدَاتٍ ، كَالنِّكَاحِ^(٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عُقْبَةُ بْنُ الْحَارِثِ ، قَالَ : تَزَوَّجْتُ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ ، فَأَتَتْ أُمَّةً سَوْدَاءً ، فَقَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَأَعْرَضَ عَنِّي ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قَالَ : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وَلِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى عَوْرَةٍ لِلنِّسَاءِ فِيهَا مَذْخَلٌ ، فَقَبِلَ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، كَالْوِلَادَةِ ، وَتَخَالَفُ الْعَقْدُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ . وَحُكِيَ عَنِ أَى حَنِيفَةٍ أَيْضًا ، أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ الْمُنْفِرِدَاتِ لَا تُقْبَلُ فِي الْاِسْتِهْلَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالُ الْوِلَادَةِ ، فَيَتَعَدَّرُ حُضُورُ^(٤) الرِّجَالِ ، فَأَشْبَهَ الْوِلَادَةَ نَفْسَهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ وَحَدَّهَا فِي الْاِسْتِهْلَالِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ^(٥) . إِلَّا أَنَّهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ . وَأَجَازَهُ شَرِيحٌ ، وَالْحَسَنُ^(٦) ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَحَمَّادٌ .

فصل: إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا: تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُنْفِرِدَاتِ . فَإِنَّهُ تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ . وَقَالَ طَاوُسٌ : تَجُوزُ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ فِي الرِّضَاعِ ، وَإِنْ كَانَتْ سَوْدَاءً . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى : لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا امْرَأَتَانِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَى لَيْلَى ، وَابْنِ شُبْرُومَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ جِنْسٍ يَثْبُتُ بِهِ الْحَقُّ كَفَى

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى النِّكَاحِ » .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٣١٠/١١ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « حُصُولُ » .

(٥) وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ ، فِي : كِتَابِ فِي الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . سَنَنِ الدَّارِقُطِيِّ ٢٣٣/٤ . وَبِالْبَقِي ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي عِدَدِهِمْ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٥١ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ عَلَى الرِّضَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٧/٤٨٥ . وَابْنُ أَى شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٦/١٨٧ . وَلَمْ يَجِدْهُ فِي الْمُسْنَدِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

فيه^(٧) اثنان ، كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهن عقلاً^(٨) ، ولا يقبل منهم إلا اثنان . وقال عثمان البتي : يكفي ثلاث ؛ لأن كل موضع قبل فيه النساء ، كان العدد ثلاثة ، كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة . وقال عطاء ، والشعبي ، وقتادة ، والشافعي ، وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع ؛ لأنها شهادة من شرطها الحرية ، فلم يقبل فيها الواحدة ، كسائر الشهادات ، ولأن النبي ﷺ قال : « شَهَادَةُ / امْرَأَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ »^(٩) . ولنا ، ما روى عتبة بن الحارث ، أنه قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، فجئت إلى النبي ﷺ ، فذكرت له ذلك ، فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : « وكيف ، وقد زعمت ذلك ! » . متفق عليه . وروى حذيفة ، أن النبي ﷺ أجاز^(١١) شهادة القابلة^(١٢) . ذكره الفقهاء في كتبهم . وروى أبو الخطاب ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « يُجْزَى فِي الرِّضَاعِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ »^(١٣) . ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات ، فلا يشترط فيه^(١٤) العدد ، كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية ، غير مسلم ، وقول النبي ﷺ : « شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ » . في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ترك الحائض الصوم ، من كتاب الحيض . صحيح البخاري ٨٣/١ . ومسلم ، في : باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٦/١ ، ٨٧ . وأبو داود ، في : باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٢٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته ونقصانه ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ٨٢/١ . وابن ماجه ، في : باب فتنه النساء ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢٦/٢ ، ١٣٢٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٧/٢ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « اختار » .

(١٢) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٣٢/٤ ، ٢٣٣ .

(١٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة في الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٤/٧ ، أن النبي ﷺ سئل : ما الذي يجوز في الرضاع من الشهود ؟ فقال : « رجل أو امرأة » .

(١٤) في الأصل : « فيها » .

فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تُقبل شهادته وحده ؛ لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها ، فلائذ يُكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة ، قبل فيه قول الرجل ، كالرواية .

١٨٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَزِمَتْهُ الشَّهَادَةُ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِهَا عَلَى الْقَرِيبِ وَالتَّبَعِيدِ ، لَا يَسَعُهُ التَّخَلُّفُ عَنْ إِقَامَتِهَا وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى ذَلِكَ)

وجملته أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعينت عليه ، بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه ، لزمه القيام بها . وإن قام بها اثنان غيره ، سقط عنه أدائها . إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة ، فأدائها واجب على الكل ، إذا امتنعوا أثموا كلهم ، كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ (١) . وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ (٢) . وفي الآية الأخرى : ﴿ كُونُوا قَوِّمِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَاؤُ قَوْمٍ عَلَى أَنْ لَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ (٣) . / ولأن الشهادة أمانة ، فلزمه أدائها عند طلبه ، كالودعية ، ولقوله تعالى : ﴿ إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ (٤) . فإن عجز عن إقامتها ، أو تضرر بها ، لم تجب عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ﴾ (٥) .

فصل : ومن له كيفية ، فليس له أخذ الجعل على الشهادة ؛ لأنه أداء فرضي ، فإن فرض الكيفية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً . وإن لم تكن له كيفية ، ولا

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء ١٣٥ .

(٣) سورة المائدة ٨ .

(٤) سورة النساء ٥٨ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، حَلَّ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ النَّفْقَةَ^(٦) عَلَى عِيَالِهِ فَرَضُ عَيْنٍ ، فَلَا يَشْتَغِلُ عَنْهُ بِفَرْضِ الْكِفَايَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ الرِّزْقَ جَمَعَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ ، اِحْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ، وَاحْتَمَلَ^(٧) أَنْ لَا يَجُوزُ ؛ لِغَلَا يَأْخُذُ الْعَوَضَ عَنْ أَدَاءِ فُرُوضِ^(٨) الْأَعْيَانِ^(٩) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ لِمَنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، وَهَلْ يَجُوزُ لغيرِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٨٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَا أَذْرَكَهُ مِنَ الْفِعْلِ نَظَرًا ، أَوْ سَمِعَهُ يَقْنَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَرِ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ ، شَهِدَ بِهِ)

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه ؛ بدليل قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾^(١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾^(٢) . وَتَخْصِيصُهُ لِهَذِهِ الثَّلَاثَةِ بِالسُّؤَالِ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْفُؤَادِ ، وَهُوَ مُسْتَنَدٌ إِلَى^(٣) السَّمْعِ وَالْبَصَرِ ؛ لِأَنَّ^(٤) مَذْرَكَ الشَّهَادَةِ الرَّوْيَةَ وَالسَّمَاعُ ، وَهُمَا بِالْبَصَرِ وَالسَّمْعِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الشَّهَادَةِ ، قَالَ : « هَلْ تَرَى الشَّمْسَ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ دَعُ » . رَوَاهُ الْحَلَّالُ ، فِي « الْجَامِعِ » بِإِسْنَادِهِ^(٥) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَذْرَكَ الْعِلْمِ الَّذِي تَقَعُ بِهِ الشَّهَادَةُ اثْنَانِ ، الرَّوْيَةُ وَالسَّمَاعُ ، وَمَا عَدَاهُمَا مِنْ مَذَارِكِ الْعِلْمِ كَالشَّمِّ وَالذُّوقِ وَاللَّمْسِ ،

(٦) فِي ب ، م : « وَالنَّفَقَةُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « وَإِنْ اِحْتَمَلَ » .

(٨) فِي أ ، ب ، م : « قَرْضِ » .

(٩) فِي ب ، م : « عَيْنِ » .

(١) سُورَةُ الزَّخْرَفِ ٨٦ .

(٢) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٣٦ .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « يَسْتَنَدُ » .

(٤) فِي ب ، م : « وَلَآنَ » .

(٥) وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي : بَابِ لَا تَشْهَدُ إِلَّا مَا بَيَضَى لَكَ كَضِيَاءُ الشَّمْسِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٩٨/٤ .

وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْفِظِ فِي الشَّهَادَةِ وَالْعِلْمِ بِهَا ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠٦/١٠ . وَالْعَقِيلُ ،

فِي : الضَّعْفَاءِ الْكُبْرَى ٧٠/٤ . وَابْنُ عَدَى ، فِي : الْكَامِلِ ٢٢١٣/٦ .

لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب . فأما ما يقع بالرؤية ، فالأفعال ؛ كالعصب ، والإثلاف ، والزنى ، وشرب الخمر ، وسائر الأفعال ، وكذلك الصفات المرئية ؛ كالغيوب / في المبيع ، ونحوها^(٦) ، فهذا لا تتحمل^(٧) الشهادة فيه إلا بالرؤية ؛ لأنه يمكن الشهادة عليه قطعاً ، فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فتوعان ؛ أحدهما ، من المشهود عليه ، مثل العقود ؛ كالبيع ، والإجارة ، وغيرهما من الأقوال ، فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً^(٨) ، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين ، إذا عرفهما ، وتيقن أنه كلاهما . وهذا قال ابن عباس ، والزهرى ، وربيعه ، والليث ، وشريح ، وعطاء ، وابن أبي ليلى ، ومالك . وذهب أبو حنيفة ، والشافعى ، إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه ؛ لأن الأصوات تشتبه ، فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية ، كالخط . ولنا ، أنه عرف المشهود عليه يقيناً ، فجازت شهادته عليه ، كالوراه . وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وإنما تجوز الشهادة لمن^(٩) عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً ، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن . وأما النوع الثانى ، فسنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة التى تلى هذا .

فصل : إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن يشهد عليه ، حاضراً كان أو غائباً ، وإن لم يعرف ذلك ، لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه . نص عليه أحمد . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحقه على رجل ، وهو لا يعرف اسم هذا ، ولا اسم هذا ، إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال : أشهد أن لهذا على هذا . وهما شاهدان جميعاً ، فلا بأس ، وإن كان غائباً ، فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

فصل : والمرأة كالرجل ، فى أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها ، جاز أن يشهد عليها

(٦) فى الأصل : « ونحو هذا » .

(٧) فى الأصل : « يتحمل » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) فى الأصل : « بمن » .

٦٥/١١ ط مع غَيْبَتِهَا . وإن لم يعرفها ، لم يشهد عليها مع غَيْبَتِهَا . قال أحمد ، / في رواية الجماعة : لا يشهد^(١٠) إلا لمن يعرف^(١١) ، وعلى من يعرف^(١١) ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها ، وإن كانت من قد^(١٢) عَرَفَ اسْمَهَا ، ودُعِيَتْ ، وذهبت ، وجاءت ، فليشهد ، وإلا فلا يشهد ، فأما إن لم يعرفها ، فلا يجوز أن يشهد مع غَيْبَتِهَا . ويجوز أن يشهد على غَيْبَتِهَا^(١٣) إذا عَرَفَ غَيْبَتَهَا^(١٤) ، ونظر إلى وجهها . قال أحمد : ولا يشهد على امرأة ، حتى ينظر إلى وجهها . وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها . فأما من يتيقن معرفتها ، وتعرف صَوْتُهَا^(١٥) يَتَقَيَّنُ ، فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صَوْتُهَا ، على ما قدمناه في المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه ، فعرفه عنده من يعرفه ، فقد روى عن أحمد ، أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها . وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل : أنا أشهد أن هذه فلانة . ويشهد على شهادته . وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضي : يجوز أن يُحمَلَ هذا على الاستحباب ، لتجوز الشهادة بالاستيفاضة . وظاهر قوله المنع منه . وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها . وهذا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لا يَدْخُلُ عليها بَيْتُهَا لِيَشْهَدَ عليها إلا بإذن زوجها ؛ لما روى عمرو بن العاص قال : نَهَى رسول الله ﷺ أَنْ يُسْتَأْذَنَ عَلَى النِّسَاءِ إِلَّا بِإِذْنِ أَزْوَاجِهِنَّ . رواه أحمد ، في « مُسْنَدِهِ »^(١٦) . فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجازية^(١٧) ؛ لأن إقرارها صحيح ، وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح ، فجاز أن يشهد عليها به .

فصل : وإذا عرف الشاهد خطئه ، ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد له^(١٨) بذلك ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يجوز له^(١٩) أن يشهد بها . قال أحمد في رواية حَرْبٍ ،

(١٠) في م : « تشهد » .

(١١) في م : « تعرف » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « عينها » .

(١٤) في ١ ، ب ، م : « بصوتها » .

(١٥) المسند ٢٠٣/٤ .

(١٦) في الأصل ، ١ : « فجاز » .

(١٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

فِي مَنْ يَرَى خَطَّهُ وَخَاتَمَهُ وَلَا يَذْكُرُ الشَّهَادَةَ ، قَالَ : لَا يَشْهَدُ إِلَّا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ
غَيْرِهِ : يَشْهَدُ^(١٨) إِذَا عَرَفَ خَطَّهُ ، وَكَيْفَ تَكُونُ الشَّهَادَةُ إِلَّا هَكَذَا ؟ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ
آخَرَ : إِذَا عَرَفَ خَطَّهُ ، وَلَمْ يَحْفَظْ ، فَلَا يَشْهَدُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَنْسُوحًا عِنْدَهُ ، مَوْضُوعًا
تَحْتَ خَتَمِهِ وَحِرْزِهِ ، فَيَشْهَدُ ، وَإِنْ^(١٩) لَمْ يَحْفَظْ . وَقَالَ^(٢٠) أَيْضًا : إِذَا كَانَ رَدِيءَ
الْحِفْظِ ، فَيَشْهَدُ وَيَكْتُبُهَا عِنْدَهُ^(٢١) . وَهَذِهِ^(٢٢) رِوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ ، وَهُوَ أَنَّهُ^(٢٣) يَشْهَدُ إِذَا كَانَتْ
مَكْتُوبَةً عِنْدَهُ بِخَطِّهِ فِي حِرْزِهِ ، وَلَا يَشْهَدُ إِذَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ،^(٢٤) بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي ، فِي إِحْدَى
الرِّوَايَتَيْنِ ، إِذَا وَجَدَ حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَ خَتَمِهِ أَمْضَاءً ، وَلَا يُمَضِّيه^(٢٥) إِذَا لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ^(٢٦) .

١٨٨٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ (: وَمَا نَظَاهَرَتْ بِهِ الْأَحْبَارُ ، وَاسْتَقَرَّتْ مَعْرِفَتُهُ فِي قَلْبِهِ ،
شَهِدَ بِهِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ وَالْوِلَادَةِ)

هَذَا النُّوعُ الثَّانِي مِنَ السَّمَاعِ ، وَهُوَ مَا يَعْلَمُهُ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَاجْتَمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى صِحَّةِ
الشَّهَادَةِ بِهَا فِي النَّسَبِ وَالْوِلَادَةِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَمَّا النَّسَبُ فَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنَعَ
مِنْهُ ، وَلَوْ مَنَعَ ذَلِكَ لَاسْتَحَالَتْ^(١) مَعْرِفَتُهُ وَالشَّهَادَةُ^(٢) بِهِ ؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ قَطْعًا بَغَيْرِهِ ، وَلَا
تُمْكِينُ الْمُشَاهَدَةِ فِيهِ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَتِ الْمُشَاهَدَةُ ، لَمَا عَرَفَ أَحَدٌ أَبَاهُ ، وَلَا أُمَّهُ ، وَلَا أَحَدًا مِنْ

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١٩) سقطت الواو من : الأصل .

(٢٠) في الأصل بعد هذا : « محمد » .

(٢١) سقط من : أ .

(٢٢) في الأصل ، أ : « وهذا » .

(٢٣) في م : « أن » .

(٢٤-٢٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٥) في الأصل بعد هذا : « إلا » .

(١-٢) في ب ، م : « معرفة الشهادة » .

أقاربه. وقد^(٢) قال: قال الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٣). واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستيفاضة، غير النسب والولادة، فقال أصحابنا: هو تسعة أشياء: النكاح، والملك المطلق، والوقف، ومصرفه، والموت، والعتق، والولاء، والولاية، والعزل. وبهذا قال^(٤) أبو سعيد الإصطخري، وبعض^(٥) أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية؛ لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع، فإنها^(٦) شهادة^(٧) بعقد، فأشبهه سائر العقود. وقال أبو حنيفة: لا تقبل^(٨) إلا في النكاح، والموت، ولا تقبل^(٩) في الملك المطلق؛ لأنها^(١٠) شهادة بمال، أشبه الدين. وقال صاحبنا: تقبل في الولاء، مثل عكرمة مولى ابن عباس. ولنا، أن هذه الأشياء تتعدى الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، فجازت الشهادة عليها بالاستيفاضة كالنسب. قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماج. وقال مالك: السماج في الأحباس والولاء جائز. وقال أحمد، في رواية المروزي: اشهد أن / دار بختان لبختان، وإن لم يشهدك. وقيل له: تشهد أن فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مستفيضاً، فأشهد أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله ﷺ، وإن خديجة وعائشة زوجاته^(١١)، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة. فإن قيل: يمكنه^(١٢) العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب. قلنا: وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع^(١٣)، ويصطاد صيداً صاده غيره، ثم انفلت منه، وإن تصور ذلك، فهو نادر.

(٢) سقطت: «قد» من: ١، ب، م.

(٣) سورة البقرة ١٤٦.

(٤-٥) سقط من: الأصل.

(٥) في الأصل، ١: «فإنه».

(٦) في ١: «يشاهد».

(٧-٨) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٨) في الأصل، ١: «لأنه».

(٩) في ب، م: «زوجاه».

(١٠) في الأصل بعد هذا: «أهل».

(١١) في الأصل: «للبائع».

وقول أصحاب الشافعي : تُمكنُ الشهادةُ في الوقف باللفظ . لا يصح ؛ لأنَّ الشهادة ليست بالمعقود ههنا ، وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد ، فهو بمنزلة الملك ، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد ، وكذلك الحرية^(١٢) والولاء ، وهذه جميعها لا يمكن القطعُ بها ، كما لا يمكن القطع بالملك ؛ لأنها مترتبة على الملك ، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة^(١٣) ، كالملك سواء . قال مالك : ليس عندنا من يشهد^(١٤) على أحباس أصحاب^(١٥) رسول الله ﷺ ، إلا على السماع . إذا ثبت هذا ، فكلُّ أم أحمد والخرقى ، يقتضى أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ؛ لقول الخرقى : ما^(١٦) تظاهرت به الأخبار ، واستقرت معرفته في قلبه^(١٧) . يعنى حصل العلم به . وذكر القاضي ، في « المجرد » أنه يكفي أن يسمع من اثنين عدلين ، ويسكن قلبه إلى خبرهما ؛ لأنَّ الحقوق تثبت بقول اثنين . وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي . والقول الأول هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ،^(١٨) فإنَّها مأخوذة^(١٩) من فيض الماء ؛ لكثرة ، ولأنَّه لو اكتفى فيه بقول اثنين ، لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

فصل : فإن كان في يد رجل دار أو عقار ، يتصرف^(٢٠) فيها تصرف الملاك

بالسكنى ، والإعارة / ، والإجارة ، والعمارة ، والهدم ، والبناء ، من غير منازع ،^{٦٧/١١ و} فقال أبو عبد الله ابن حامد : يجوز أن يشهد له بملكها . وهو قول أبى حنيفة ، والإصطخري من أصحاب الشافعي . قال القاضي : ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده^(٢١)

(١٢) في الأصل : « الجزية » .

(١٣) في زيادة : « حتى يكر » .

(١٤) في ١ ، ب ، م : « شهد » .

(١٥) سقط من : ١ .

(١٦) في ب ، م : « فيما » .

(١٧) في ١ ، ب ، م : « القلب » .

(١٨-١٩) في الأصل : « فإنه مأخوذ » .

(١٩) في ١ : « ويتصرف » .

(٢٠) في ١ ، ب : « يشاهده » .

من اليد^(٢١) والتَّصَرُّف ؛ لأنَّ اليدَ ليست مُنحصِرةً في المِلْك ، وقد^(٢٢) تكونُ بإِجَارَةٍ وإِعَارَةٍ وَغَضَبٍ . وهذا قولُ بعض^(٢٣) أصحابِ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ الأَوَّل ، أنَّ اليدَ دَلِيلٌ عَلَى^(٢٤) المِلْك ، واستِمْرَارُهَا مِنْ غَيْرِ مُنَازَعٍ يُقَوِّمُهَا ، فَجَرَتْ مَجْرَى الاستِيفَاضَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا ، كَمَا لو شَهِدَ سَبَبُ اليدِ ،^(٢٥) مِنْ بَيْعٍ ، أَوْ إِزْثٍ أَوْ هَبَةٍ ، وَاحْتِمَالُ كَوْنِهَا عَنْ غَضَبٍ أَوْ إِجَارَةٍ ، يُعَارِضُهُ^(٢٦) اسْتِمْرَارُ اليدِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعٍ ، فَلَا يَبْقَى مَانِعًا ، كَمَا لو شَهِدَ سَبَبُ اليدِ^(٢٧) ؛ فَإِنْ اخْتِمَالُ كَوْنِ البَائِعِ غَيْرَ مَالِكٍ ، وَالْوَارِثِ وَالْوَاهِبِ ، لَا يَمْتَنِعُ الشَّهَادَةُ . كَذَا هُنَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا بَقِيَ الاحْتِمَالُ لَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ ، وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ إِلَّا بِمَا يَعْلَمُ . قُلْنَا : الظَّنُّ يُسَمَّى عِلْمًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ ﴾^(٢٨) . وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْعِلْمِ الْيَقِينِيِّ هُنَا ، فَجَازَتْ بِالظَّنِّ .

فصل : وَإِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقُولُ لَصَبِي : هَذَا ابْنِي . جَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّبٌ بِنَسَبِهِ . وَإِنْ سَمِعَ الصَّبِيَّ يَقُولُ : هَذَا أُمِّي . وَالرَّجُلُ يَسْمَعُهُ ، فَسَكَتَ ، جَازَ أَنْ يَشْهَدَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ سُكُوتَ الأبِ إِقْرَارٌ لَهُ ، وَالْإِقْرَارُ يَثْبُتُ بِهِ^(٢٩) النَّسَبُ ، فَجَازَتْ الشَّهَادَةُ بِهِ ، وَإِنَّمَا أُقِيمَ السُّكُوتُ هُنَا مَقَامَ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ عَلَى الْإِثْسَابِ الْبَاطِلِ غَيْرُ^(٣٠) جَائِزٍ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الدَّعَاوَى ، وَلِأَنَّ النَّسَبَ يَغْلِبُ فِيهِ الْإِثْبَاتُ ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالْإِمْكَانِ فِي النِّكَاحِ . وَذَكَرَ أَبُو الْحَطَّابِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَشْهَدَ مَعَ السُّكُوتِ حَتَّى يَتَكَرَّرَ ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ حَقِيقِيٍّ ، وَإِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَهُ ، فَاعْتُبِرَتْ تَقْوِيَّتُهُ بِالتَّكْرَارِ ، كَمَا اعْتُبِرَتْ تَقْوِيَّتُهُ^(٣١) الْيَدِ فِي الْعَقَارِ بِالْاسْتِمْرَارِ .

(٢١) في ب ، م : « الملك واليد » .

(٢٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢٥-٢٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٦) في الأصل : « معارض » .

(٢٧) سورة الممتحنة : ١٠ .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) سقط من : أ .

فصل : وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات ، وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً ، لا نعلم له وارثاً غيرهما ، قبلت شهادتهما . وهذا قال : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، / والعنبري . وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل حتى يبين^(٣٠) أنه لا وارث له سواهما . ولنا ، أن هذا ممّا لا يمكنُ علمه ، فكفى^(٣١) فيه الظاهر ، مع شهادة الأصل بعدم^(٣٢) وارث آخر . قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة ، أو لم يكونا^(٣٣) . ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة ؛ لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر ، لم يخف عليهم . وهذا قول الشافعي . فأما إن قالوا : لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة ، أو بأرض كذا وكذا : لم تقبل . وهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى به ، كما لو قالوا : لا نعلم له وارثاً . وذكر ذلك مذهباً لأحمد أيضاً . ولنا ، أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث ؛ لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ، ويعلمان أن^(٣٤) له وارثاً^(٣٥) في غيرها ، فلم تقبل شهادتهما ، كما لو قالوا : لا نعلم له وارثاً في هذا البيت .

١٨٨٩ — مسألة ؛ قال : (مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ عَاقِلًا ، مُسْلِمًا ، بَالِغًا ، عَدْلًا ، لَمْ تَجْزْ^(١) شهادته)

وجملته أنه^(٢) يُعْتَبَرُ في الشَّاهِدِ سَبْعَةُ شُرُوطٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ عَاقِلًا ، ولا يُقْبَلُ شهادتهُ من ليس بعَاقِلٍ ، إجماعًا . قاله ابنُ المُنْذِرِ . وسواءَ ذهبَ عقلُه بجُنُونٍ أو سُكْرِ أو

(٣٠) في الأصل : « ثبت » .

(٣١) في ١ ، م : « فيكفى » . وفي ب : « ويكفى » .

(٣٢) في ب : « لعدم » .

(٣٣) في الأصل : « يكونوا » .

(٣٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٥) في الأصل ، ١ : « ولدا » .

(١) في انبأه : « له » .

(٢) في م : « أن » .

طُفُولِيَّةٌ ؛ وذلك لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْصِلٍ ، وَلَا تَحْصُلُ الثَّقَّةُ بِقَوْلِهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَأْتُمُ بِكَذِبِهِ ، وَلَا يَتَحَرَّزُ مِنْهُ . الثَّانِي ، أَن يَكُونَ مُسْلِمًا ، وَنَذَكُرْ هَذَا فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الثَّالِثُ ، أَن يَكُونَ بِالْعَمَّا ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ صَبِيٍّ لَمْ يَبْلُغْ بِحَالٍ ، يُرَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَكْحُولٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ^(٤) ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ تُقْبَلُ فِي الْجِرَاحِ ، إِذَا شَهِدَ وَقَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ عَنْ الْحَالَةِ الَّتِي تَجَارَحُوا عَلَيْهَا ، ^(٥) فَإِنْ تَفَرَّقُوا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صِدْقُهُمْ وَضَبْطُهُمْ ، فَإِنْ تَفَرَّقُوا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُلْقَنُوا . قَالَ ابْنُ الزُّبَيْرِ / ٦٨/١١ : إِنْ أُخِذُوا عِنْدَ مُصَابٍ ذَلِكَ ، فَبِالْحَرِيِّ أَنْ يَعْقِلُوا وَيَحْفَظُوا ^(٦) . وَعَنْ الزُّهْرِيِّ ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ جَائِزَةٌ ، وَيُسْتَحْلَفُ أَوْلِيَاءُ الْمَشْجُوعِ . وَذَكَرَهُ عَنْ ^(٧) مِرْوَانَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً ثَلَاثَةً ، أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ إِذَا كَانَ ابْنُ عَشْرِ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، كَالْعَبِيدِ ^(٨) . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ تُقْبَلُ عَلَى بَعْضٍ ^(٩) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ^(١٠) ، وَالْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يُجِيزُونَ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا كَانَ بَيْنَهُمْ . قَالَ الْمُغِيرَةُ : وَكَانَ أَصْحَابُنَا لَا يُجِيزُونَ شَهَادَتَهُمْ عَلَى رَجُلٍ ، وَلَا عَلَى عَبْدٍ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(١١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ مَسْرُوقٍ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ عَلِيٍّ ، فَجَاءَهُ خَمْسَةُ غُلَمَةٍ فَقَالُوا : إِنَّا ^(١٢) كُنَّا سِتَّةَ غُلَمَةٍ نَتَّغَاطُ ، فَعَرِقَ مِنَّا غُلَامٌ . فَشَهِدَ الثَّلَاثَةُ عَلَى الْاِثْنَيْنِ أَنَّهُمَا عَرَقَاهُ ، وَشَهِدَ الْاِثْنَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ أَنَّهُمْ

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من رد شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠ / ١٦١ ، ١٦٢ .

وعبد الرزاق ، في : باب شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(٤) في ١ ، ب ، م : « أبو عبيدة » .

(٥-٥) سقط من : م .

(٦) في الأصل : « ابن » .

(٧) في ١ ، ب : « كالعبد » .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨ / ٣٥٠ ، ٣٥١ .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) سقط من : ١ .

عَرَفُوهُ^(١١) ، فجعل على الاثنين ثلاثة أحماس الدِّية ، وجعل على الثلاثة خمسيتها^(١٢) . وقضى بنحو هذا مسروق . والمذهب أن شهادتهم لا تُقبل في شيء ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(١٣) . وقال : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(١٤) . وقال : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(١٥) . والصبي ممن لا يرضى . وقال : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(١٥) . فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبي لا يآثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد ؛ ولأن الصبي لا يخاف من مآثم الكذب ، فيزعه عنه ، ويمنعه منه ، فلا تحصل الثقة بقوله ، ولأن من لا يُقبل قوله على نفسه في الإقرار ، لا يُقبل شهادته على غيره ، كالجنون ، يُحقق هذا أن الإقرار أوسع ؛ لأنه يُقبل من الكافر والفاسق والمرأة ، ولا تصح الشهادة منهم ، ولأن من لا يُقبل شهادته في المال ، لا يُقبل في الجراح ، كالفاسق ، ومن لا يُقبل شهادته على من ليس بمثله ، لا يُقبل على مثله ، كالجنون . الشرط الرابع ، العدالة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ . ولا يُقبل شهادة الفاسق لذلك ، ولقول الله تعالى : ﴿ إِن جَاءَكُم فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(١٦) . فأمر بالتوقف عن^(١٧) نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ ، فيجب التوقف عنه . وقد روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا مُحْدُوذٍ فِي الْإِسْلَامِ ، وَلَا ذِي غَمِرٍ^(١٨) عَلَىٰ أُخِيهِ » . رواه أبو عبيد^(١٩) . وكان أبو عبيد لا يراه خصاً

(١١) من هنا إلى آخر قوله : « الثالث من تكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية » ورد في الأصل في أثناء « فصل في قراءة القرآن بالألحان » . ويشغل بقية ورقة ٧٦ و ٧٦ ظ ، وبعض ورقة ٧٧ و . اضطراب .
(١٢) أخرجه ابن حزم ، في : كتاب الشهادات . المحلى ٦١٤/١٠ .

(١٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٤) سورة الطلاق ٢ .

(١٥) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٦) سورة الحجرات ٦ .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨) الغمر : الشحنة والعداوة ، وكذلك الإحنة . غريب الحديث ١٥٤/٢ .

(١٩) في : غريب الحديث ١٥٣/٢ .

وأخرجه أبو داود ، في : باب من ترد شهادته ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من لا تجوز شهادته ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ٩/١٧١ ، ١٧٢ . وابن ماجه ، في : باب من لا =

بالخائن والخائنة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه ، من صغير ذلك وكبيره ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ ﴾ الآية (٢٠) . وروى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قال : لا يؤسر^(٢١) رجل بغير العدول^(٢٢) . ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين ، فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب ، فلا تحصل الثقة بخبره . إذا تقرر هذا ، فالفسوق نوعان ؛ أحدهما ، من حيث الأفعال ؛ فلا نعلم خلافا في ردّ شهادته . والثاني ، من جهة الاعتقاد ، وهو اعتقاد البدعة ، فيوجب ردّ الشهادة أيضا . وبه قال مالك ، وشريك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . قال^(٢٣) شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم ؛ رافضى يزعم أن له إماما مفترضة طاعته . وخارجى يزعم أن الدنيا دار حرب . وقدرى يزعم أن المشيئة إليه . ومزجى . وردّ شهادة يعقوب^(٢٤) ، وقال : ألا أردّ شهادة^(٢٥) قوم يزعمون^(٢٥) أن الصلاة ليست من الإيمان ؟ وقال أبو حامد^(٢٦) ، من أصحاب الشافعى : المختلفون على ثلاثة أضرب ؛ ضرب اختلّفوا في الفروع ، فهؤلاء لا يفسقون بذلك ، ولا تردّ شهادتهم ، وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين . الثاني ، من نفسقه ولا تكفره ، وهو من سب القرابة ، كالخوارج ، أو سب الصحابة ، كالروافضى ، فلا تقبل لهم شهادة لذلك . الثالث ، من تكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ، ونفى الروية ، وأضاف المشيئة إلى نفسه ، فلا تقبل له شهادة . وذكر القاضى أبو يعلى مثل هذا سواء . قال :

= تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠٤/٢ ، ٢٠٨ ، ٢٢٥ .

(٢٠) سورة الأحزاب ٧٢ .

(٢١) أى : لا يحبس .

(٢٢) أخرجه مالك ، فى : باب ما جاء فى الشهادات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٢٠/٢ . والبيهقى ، فى : باب لا يجوز شهادة غير عدل ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٦/١٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما ذكر فى شهادة الزور ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٢٥٨/٧ .

(٢٣) فى الأصل ، م : « وقال » .

(٢٤) لم نعرف من المقصود يعقوب . وشريك من رجال القرن الأول .

(٢٥-٢٥) فى م : « من يزعم » .

(٢٦) أبو حامد أحمد بن محمد الإسفراني ، شيخ طريقة الشافعية بالعراق ، توفى سنة ست وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦١/٤ - ٧٤ .

وقال أحمد : ما تعجبني شهادة الجهمية ، والرافضة ، والقدرية المغلية^(٢٧) . وظاهر قول الشافعي ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبي حنيفة وأصحابه ، قبول شهادة أهل الأهواء . وأجاز سائر شهادة ناس من بني العنبر ، ممن يرى الاعتزال .^(٢٨) قال الشافعي^(٢٨) : إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض ، كالخطابي ، وهم أصحاب أبي الخطاب^(٢٩) . يشهد بعضهم لبعض بتصديقه . ووجه قول من أجاز شهادتهم ، أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف في الفروع ، ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم ؛ لكنهم ذهبوا إلى ذلك تدبينا واعتقاداً أنه الحق ، ولم يرتكبوه عالين بتخريمه ، بخلاف فسق الأفعال . قال أبو الخطاب : ويخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به . وروى^(٣٠) عن أحمد جواز الرواية عن القدرى / ، إذا لم يكن داعية ، فكذلك الشهادة . ولنا ، أنه أحد نوعي الفسق ، فترد به الشهادة ، كالنوع الآخر ؛ ولأن المبتدع فاسق ، فترد شهادته ، للآية والمعنى . الشرط الخامس ، أن يكون متيقظاً حافظاً^(٣١) لما يشهد به ، فإن كان معقلاً ، أو معروفاً بكثرة العلط ، لم تقبل شهادته . الشرط السادس ، أن يكون ذامرورة . الشرط السابع ، انتفاء الموانع . وسنشرح هذه الشروط^(٣١) في مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ظاهر كلام الخرقى ، أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوى ، صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط . وهو قول ابن سيرين ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأبي ثور . واختاره أبو الخطاب . وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية . فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته . وهو قول

(٢٧) في ١ ، ب ، م : « المعلقة » .

(٢٨-٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) أبو الخطاب محمد بن أبي زنب الأسد الأجدع ، مولى بني أسد ، من الغالين ، زعم أن الأئمة أنبياء ثم آله ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله . الملل والنحل ١/٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٣٠) في م : « وقد روى » .

(٣١) سقط من : الأصل .

جماعة من أصحابنا ، ومذهب أبي عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا ، فيما عدا الجراح ، وكقول الباقيين في الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود^(٣٢) ، في « سننه » ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ بَدَوِيٍّ عَلَى^(٣٣) صَاحِبِ قَرْيَةٍ » . ولأنه متهم ، حيث عدل عن أن يشهد قروياً ويشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى ، والجفاء في الدين . ولنا ، أن من قبلت شهادته على أهل البدو ، قبلت شهادته على أهل القرية^(٣٤) ، كأهل القرى ، ويحمل الحديث على من لم^(٣٥) تعرف عدالته من أهل^(٣٦) البدو ، ونخصه بهذا ؛ لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم ، فيعرف عدالته .

١٨٩٠ - مسألة : قال : (وَالْعَدْلُ مَنْ لَمْ تَظْهَرْ مِنْهُ رِيَّةٌ . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله . قال القاضي : يكون ذلك في الدين والمروعة والأحكام . أمّا الدين^(٣٧) فإن لا^(٣٨) يرتكب كبيرة ، ولا يداوم على صغيرة ، فإن الله تعالى / نهى^(٣٩) أن^(٤٠) تقبل شهادة القاذف ، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا يخرجُه عن العدالة فعل صغيرة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبِيرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ﴾^(٤١) . قيل : اللمم صغار الذنوب . ولأن التحرر منها غير ممكن ، جاء عن

(٣٢) في : باب شهادة البدوي على أهل الأمصار ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من لا تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٣ .

(٣٣) في ١ ، ب ، م ، : « عن » .

(٣٤-٣٤) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٣٥) في الأصل : « لا » .

(١) في الأصل : « مذهب » .

(٢-٢) في ب ، م ، : « فلا » .

(٣) في م : « أمر » .

(٤) في م زيادة : « لا » .

(٥) سورة النجم ٣٢ .

النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ :

إِنْ تَغْفِرِ اللَّهُمَّ تَغْفِرْ جَمًّا
وَأَيُّ عَبْدٍ لَكَ لَا الْمَا^(٦)

أَيُّ لَمْ يُلَمَّ . فَإِنَّ « لا » مع الماضي بمنزلة « لم » مع المستقبل . وقيل : اللَّمَمُ أَنْ يُلَمَّ بِالذَّنْبِ ،
ثُمَّ لَا يَعُودَ فِيهِ . والكِبَائِرُ كُلُّ مَعْصِيَةٍ فِيهَا حَدٌّ^(٧) ، وَالْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ،
وَشَهَادَةُ الزُّورِ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ . وَرَوَى أَبُو بَكْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا أُنبِئُكُمْ
بَأَكْبَرِ الْكِبَائِرِ ؟ الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ
مُتَكَبِّمًا فَجَلَسَ ، فَقَالَ : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ^(٨) الزُّورِ » . فَمَا زَالَ يُكْرِّرُهَا حَتَّى
قُلْنَا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٩) . قَالَ أَحْمَدُ : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ أَكْلِ الرِّبَا ، وَالْعَاقُ ،
وَقَاطِعِ الرَّجِمِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ لَا يُودِي زَكَاةَ مَالِهِ ، وَإِذَا أُخْرِجَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ
الْأُصْطُوَانَةُ^(١٠) وَالْكَيْفَ لَا يَكُونُ عَدْلًا ، وَلَا يَكُونُ ابْنُهُ عَدْلًا إِذَا وَرِثَ أَبَاهُ حَتَّى يَرُدَّ مَا
أَخَذَ^(١١) مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَكُونُ عَدْلًا إِذَا كَذَبَ الْكَذِبَ الشَّدِيدَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
رَدَّ شَهَادَةَ رَجُلٍ فِي كَذِبِهِ^(١٢) . وَقَالَ : عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنْ النَّبِيِّ
ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَائِنٍ ، وَلَا حَائِنَةٍ ، وَلَا مَجْلُودٍ فِي حَدٍّ ، وَلَا ذِي غِمْرِ عَلَى

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب تفسیر سورة النجم ، من أبواب التفسیر . عارضة الأحوذی ١٧٣/١٢ . والحاکم ،
فی : باب تفسیر سورة النجم ، من کتاب التفسیر . المستدرک ٤٦٩/٢ . والطبری ، فی : تفسیر سورة النجم ، الآية
٣٢ . تفسیر الطبری ٦٦/١٧ .

والرجز من الشواهد النحویة ، انظر : معجم شواهد العربیة ٥٣٠/٢ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فی م : « وقول » .

(٩) أخرجه البخاری ، فی : باب ما قبل فی شهادة الزور ، من کتاب الشهادات ، وفی : باب عقوق الوالدين من الکبر ،
من کتاب الأدب ، وفی : باب من اتکأ بین یدي أصحابه ، من کتاب الاستئذان . صحيح البخاری ٢٢٥/٣ ، ٤/٨ ،
٧٦ . ومسلم ، فی : باب بیان الکبائر وأکبرها ، من کتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩١/١ .

كما أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی عقوق الوالدين ، من أبواب البر ، وفی : باب ما جاء فی شهادة الزور ، من
أبواب الشهادات ، وفی : باب تفسیر سورة النساء ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذی ٩٧/٨ ، ١٧٥/٩ ،
١٥٠/١١ ، ١٥١ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٣٦/٥ - ٣٨ .

(١٠) فی م : « والأسطوانة » .

(١١) فی ب ، م : « أخذه » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فی : باب من ترد شهادته ، من کتاب الأفضیة . سنن أبی داود ٢٧٥/٢ . وابن ماجه ، فی : باب من لا
تجوز شهادته . من کتاب الأحکام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ١٨١/٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٨ ، ٢٢٥ .

أَخِيهِ فِي عَدَاوَةٍ ، وَلَا الْقَانِعِ ^(١٣) لِأَهْلِ النَّبِيِّ ، وَلَا مُجَرَّبٍ عَلَيْهِ شَهَادَةُ زُورٍ ، وَلَا ظَلِيمٍ فِي وَلَاءٍ ، وَلَا قَرَابَةٍ ^(١٤) . وقد رواه أبو داود ^(١٥) ، وفيه : « لَا تُجَوِّزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غِمَرٍ عَلَى أَخِيهِ » . فَأَمَّا الصَّغَائِرُ ، فَإِنْ كَانَ مُصِيراً عَلَيْهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْعَالِبُ مِنْ ^(١٦) أَمْرِهِ الطَّاعَاتِ ، لَمْ يُرَدَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ امْكِانِ التَّحَرُّزِ مِنْهُ . فَأَمَّا الْمُرُوءَةُ فَاجْتِنَابُ الْأُمُورِ الدَّنِيَّةِ الْمُزْيِيَةِ بِهِ ، وَذَلِكَ / نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مِنَ الْأَفْعَالِ ، كَالْأَكْلِ فِي السُّوقِ . يَعْنِي بِهِ الَّذِي يَنْصِبُ مَائِدَةً فِي السُّوقِ ، ثُمَّ يَأْكُلُ وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ . وَلَا يَعْنِي بِهِ ^(١٧) أَكَلَ الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، كَالْكِسْرَةِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ كَانَ يَكْشِفُ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَغْطِيَتِهِ مِنْ بَدَنِهِ ، أَوْ يَمُدُّ رِجْلَيْهِ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، أَوْ يَتَمَسَّخَرُ بِمَا يُضْحِكُ النَّاسَ بِهِ ، أَوْ يُخَاطَبُ امْرَأَتَهُ أَوْ جَارِيَتَهُ أَوْ غَيْرَهُمَا بِحَضْرَةِ النَّاسِ بِالْخِطَابِ الْفَاجِحِ ، أَوْ يُحَدِّثُ النَّاسَ بِمُبَاضَعَةٍ ^(١٨) أَهْلِهِ ، وَنَحْوِ هَذَا مِنَ الْأَفْعَالِ الدَّنِيَّةِ ، ففَاعِلٌ هَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا سُخْفٌ وَدَنَاءَةٌ ، فَمَنْ رَضِيَهِ لِنَفْسِهِ وَاسْتَحْسَنَهُ ، فَلَيْسَتْ لَهُ مُرُوءَةٌ ، فَلَا تَحْصُلُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ شَتَمَ بِهِيمَةً : قَالَ الصَّالِحُونَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ حَتَّى يَتُوبَ . وَقَدْ رَوَى أَبُو مَسْعُودٍ الْبَدْرِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ مِمَّا أَدْرَكَ النَّاسُ مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ الْأَوَّلَى ، إِذَا لَمْ تَسْتَجِ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ » ^(١٩) . يَعْنِي مَنْ لَمْ يَسْتَجِ ^(٢٠) صَنَعَ مَا شَاءَ . وَلِأَنَّ الْمُرُوءَةَ تَمْنَعُ الْكَذِبَ ، وَتَزْجُرُ عَنْهُ ، وَلِهَذَا يَمْتَنِعُ مِنْهُ ذُو الْمُرُوءَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا دِينٍ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي سَفْيَانَ ، أَنَّهُ حِينَ سَأَلَهُ قَيْصَرٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَصِفَتِهِ قَالَ : وَاللَّهِ لَوْلَا أَنِّي كَرِهْتُ أَنْ يُؤَثَّرَ عَنِّي الْكَذِبُ ، لَكَذَّبْتُهُ ^(٢١) . وَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ ذَا

(١٣) فِي النسخ : « الْقَاطِعِ » . وَالْقَانِعُ : هُوَ الَّذِي يَنْفَقُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْبَيْتِ .

(١٤) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِيهِ مِنْ لَا تُجَوِّزُ شَهَادَتَهُ ، مِنْ أَبْوَابِ الشَّهَادَاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٧١/٩ .

(١٥) فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(١٦) فِي ب : « فِي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(١٨) فِي أ : « بِمُبَاضَعَتِهِ » .

(١٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدِيثِ أَبِي الْيَمَانِ ، أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٥/٤ . وَأَبُو

دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥٥٢/٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ

الرَّهْدِ ١٤٠٠/٢ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أ : « يَسْتَحْيِ » . وَهِيَ بِمَعْنَى .

(٢١) انْظُرْ : مَا تَقْدِمُ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى قَيْصَرَ ، فِي صَفْحَةِ ٧٤ .

دين . ولأن الكذب دَنَاءَةٌ ، والمُرُوءَةُ تَمْنَعُ مِنَ (٢٢) الدَنَاءَةِ . وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب ، اعتبرت في العدالة ، كالدين ، ومن فعل شيئاً من هذا مُحْتَفِياً به ، لم يَمْنَعُ من قبول شهادته ؛ لأن مِرُوءَتَهُ لا تَسْقُطُ به . وكذلك إن فعله مرةً ، أو شيئاً قليلاً ، لم تُرَدِّ شهادته ؛ لأن صغير المعاصي لا يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ إِذَا قُلَّ ، فهذا أولى ، ولأن المُرُوءَةَ لا تَحْتُلُّ بقليل هذا ، ما لم تُكُنْ عادةً (٢٣) . النوع الثاني ، في الصناعات الدنيئة ؛ كالكَسَّاج والكُنَّاس ، لا تُقْبَلُ شهادتهما ؛ لما روى سعيد ، في « سُنَنِه » أن رجلاً أتى ابنَ عُمَرَ ، فقال له : إني رجلٌ كُنَّاسٌ . فقال : أي شيء تَكُنُّسُ ، الزُّبْلُ ؟ قال : لا . قال : العَذْرَةُ ؟ قال : نعم . (٢٤) قال : منه كَسَبَتِ المال ، ومنه تَزَوَّجَتْ ، ومنه حَجَجَتْ ؟ قال : نعم (٢٥) . قال / : الأجرُ خبيثٌ ، وما تزوّجتُ خبيثٌ ، حتى تَخْرُجَ منه كما دخلتُ فيه . (٢٦) وعن ابن عباسٍ مثله في الكسَّاج (٢٧) . ولأن هذا دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ المُرُوءَاتِ ، فأشبهه الذي قبله . فأما الزُّبَالُ والقَرَادُ (٢٨) والحجَّامُ ونحوهم ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُقْبَلُ شهادتهم ؛ لأنه دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ المُرُوءَاتِ ، فهو (٢٩) كالذي قبله . الثاني ، تُقْبَلُ ؛ لأنَّ بالناسِ إليه حاجةٌ . فعلى هذا الوجه ، إنَّما تُقْبَلُ شهادته إذا كان يَنْتَظِفُ للصَّلَاةِ في وقتها ويُصَلِّيها ، فإن صلَّى بالنَّجَاسَةِ ، لم تُقْبَلُ شهادته ، وَجْهًا واحدًا . وأما الحائِثُ والحارسُ والدَّبَّاجُ ، فهي أعلى من هذه الصنائع ، فلا تُرَدُّ بها الشهادة . وذكرها أبو الخطاب في جُمْلَةِ ما فيه وجهان . وأما سائر الصناعات التي لا دَنَاءَةَ فيها ، فلا تُرَدُّ الشهادةُ بها ، إلَّا مَنْ كان منهم يَحْلِفُ كاذبًا ، أو يَعِدُّ ويَحْلِفُ ، وَغَلَبَ هذا عليه ، فإنَّ شهادته تُرَدُّ . وكذلك مَنْ كان منهم يُؤَخِّرُ الصَّلَاةَ عن أوقاتها ، أو لا يَتَنَزَّهَ عن النَّجَاسَاتِ ، فلا شهادته له ، وَمَنْ كانت صِنَاعَتُهُ مُحَرَّمَةً ؛ كصانِعِ المَزَامِيرِ والطَّنَابِيرِ ،

(٢٢) في ١ : « عن » .

(٢٣) في م : « عاداته » .

(٢٤-٢٥) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٢٥) تقدم في : ١٣٢/٨ وانظر : المحلى ٣٠/٩ .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . والقرد : سائس القرد . ولعل المقصود منتزع القرد من الدواب .

(٢٧) سقط من : الأصل .

فلا شهادة له . ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا ، كالتصانغ والصيرفي ، ولم يتوق ذلك ، رُدَّتْ شهادته .

فصل : في اللعب : كل لعب فيه قمار ، فهو مُحَرَّمٌ ، أى لعب كان^(٢٨) ، وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ، ومن تكرر منه ذلك رُدَّتْ شهادته . وما خلا من القمار ، وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ، ولا من أحدهما ، فمنه ما هو مُحَرَّمٌ ، ومنه ما هو مباح ؛ فأما المحرم فاللعب بالترد^(٢٩) . وهذا قول أئبي حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : هو مكروه ، غير مُحَرَّم . ولنا ، ما روى أبو موسى ، قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول^(٣٠) : « مَنْ لَعِبَ بِالْتَّرْدِ شِيرٍ ، فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ » . وروى بريدة ، أن النبي ﷺ ، قال : « مَنْ لَعِبَ بِالْتَّرْدِ شِيرٍ ، فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي لَحْمِ الْخَنَزِيرِ وَدَمِهِ » . رواهما أبو داود^(٣١) . وكان سعيد بن جبير إذا مرَّ على أصحاب التردشير ، لم يسلم عليهم . إذا ثبت هذا ، فمن تكرر منه اللعب به^(٣٢) ، لم تُقبَلْ^(٣٣) له شهادة^(٣٤) ، سواء لعب به قماراً أو غير قمار . / وهذا قول أئبي حنيفة ، ومالك ، وظاهر مذهب الشافعي . قال مالك : مَنْ لَعِبَ بِالْتَّرْدِ وَالشُّطْرُنِجِ ، فَلَا أَرَى شهادته طائفة ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾^(٣٥) . وهذا ليس من الحق ، فيكون من الضلال .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في الأصل ، ا ، ب زيادة : « محرم » .

(٣٠) في م : « قال » .

(٣١) في : باب في النهي عن اللعب بالترد ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٢/٢ .

كما أخرجهما ابن ماجه ، في : باب اللعب بالترد ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣٧/٢ ، ١٢٣٨ .

كما أخرج الأول الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الترد ، من كتاب الرؤيا . الموطأ ٩٥٨/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣٩٤/٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠ . والحاكم ، في : كتاب الإيمان . المستدرک ٥٠/١ .

وأخرج الثاني أيضا مسلم ، في : باب تحريم اللعب بالتردشير ، من كتاب الشعر . صحيح مسلم ١٧٧٠/٤ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٢/٥ ، ٣٥٧ ، ٣٦١ .

(٣٢) سقط من : ا .

(٣٣-٣٣) في م : « شهادته » .

(٣٤) سورة يونس ٣٢ .

فصل : فأما الشطرنج فهو كالترد في التحريم ، إلا أن الترد أكد منه في التحريم ؛
لورود النص في تحريمه ، لكن هذا في معناه ، فيثبت فيه حكمه ، قياساً عليه . وذكر
القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه ؛ علي بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن
عباس^(٣٥) ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وعروة ، ومحمد^(٣٦) بن علي^(٣٦)
ابن الحسين ، ومطرأ الوراق^(٣٧) ، ومالك . وهو قول أبي حنيفة . وذهب الشافعي إلى
إباحته . وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير .
واحتجوا بأن الأصل الإباحة ، ولم يرد بتحريمها نص ، ولا هي في معنى المنصوص^(٣٨)
عليه ، فتبقى على الإباحة . ويفارق الشطرنج الترد من وجهين ؛ أحدهما ، أن في الشطرنج
تذبير الحرب ، فأشبهت^(٣٩) اللعب بالجرب ، والرمي بالنشاب ، والمُسابقة بالخيال .
والثاني ، أن المَعُول في الترد ما يخرجُه الكعبتان^(٤٠) ، فأشبه الأزلَام ، والمَعُول في
الشطرنج على حذقه وتذبيره ، فأشبه المُسابقة بالسَّهام . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا
الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾^(٤١) . قال
علي ، رضى الله عنه : الشطرنج من الميسر^(٤٢) . ومَرَّ علي ، رضى الله عنه ، على قوم
يلعبون بالشطرنج ، فقال : ﴿ مَا هَذِهِ التَّمَائِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ ﴾^(٤٣) . قال أحمد :

(٣٥) انظر : ما أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى
٢١٢/١٠ .

(٣٦-٣٦) سقط من : الأصل . وهو أبو جعفر الباقر ، الإمام ، توفي سنة أربع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء
٤٠٩-٤٠١/٤ .

(٣٧) مطر بن طهمان الوراق الخراساني الزاهد ، توفي سنة تسع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٤٥٢/٥ ، ٤٥٣ .
(٣٨) في م : « النصوص » .

(٣٩) في م : « فأشبهه » .

(٤٠) الكعبة في الرد : ما يعرف اليوم بالزهرة . وهي قطعة مكعبة يبين على كل وجه منها نقاط تمثل رقما .

(٤١) سورة المائدة ٩٠ .

(٤٢) أخرج اللفظان البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى

٢١٢/١٠ . وأخرج الأول ابن أبي شيبة ، في : باب في اللعب بالترد وما جاء فيه ، من كتاب الأدب . المصنف

٥٤٨/٨ . وأخرج الثاني أيضا ، في : باب في اللعب بالشطرنج ، الكتاب نفسه . المصنف ٥٥٠/٨ . وما اقتبس عليه

رضي الله عنه ، هو الآية ٥٢ من سورة الأنبياء .

أَصْحُ مَا فِي الشُّطْرُنِجِ ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى وَائِلَةُ بْنُ الْأَسْنَعِجِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَنْظُرُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثِمِائَةٍ وَسِتِّينَ نَظْرَةً ، لَيْسَ لِصَاحِبِ الشَّاءِ فِيهَا نَصِيبٌ » . رَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ بِإِسْنَادِهِ^(٤٣) . وَلَأنَّهُ لَعِبٌ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَعَنِ الصَّلَاةِ ، فَأَشْبَهَ اللَّعِبَ بِالنَّزْدِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا نَصَّ فِيهَا . قَدْ ذَكَرْنَا فِيهَا نَصًّا ، وَهِيَ أَيْضًا فِي مَعْنَى النَّزْدِ الْمَنْصُوصِ عَلَى تَحْرِيمِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ^(٤٤) فِيهَا تَذْيِيرَ الْحَرْبِ . قُلْنَا : لَا يُقْصَدُ هَذَا مِنْهَا ، وَأَكْثَرُ اللَّاعِبِينَ / بَهَا إِنَّمَا يَقْصِدُونَ مِنْهَا اللَّعِبَ وَالْقِمَارَ^(٤٥) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُعَوَّلَ فِيهَا عَلَى تَذْيِيرِهِ . فَهَذَا^(٤٦) أَتْبَلُغُ فِي اشْتِغَالِهَا ، وَصَدَّهَا عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ^(٤٧) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَقَالَ أَحْمَدُ : النَّزْدُ أَشَدُّ مِنَ الشُّطْرُنِجِ . وَإِنَّمَا قَالِ ذَلِكَ ؛ لِوُرُودِ النَّصِّ فِي النَّزْدِ ، وَالْإِجْمَاعِ عَلَى تَحْرِيمِهَا ، بِخِلَافِ الشُّطْرُنِجِ . وَإِذَا ثَبِتَ تَحْرِيمُهَا^(٤٨) ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ كَالنَّزْدِ فِي رَدِّ الشَّهَادَةِ بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ؛ لِأنَّهُ مُحَرَّمٌ مِثْلُهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ فَعَلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، فَهُوَ كَالنَّزْدِ فِي حَقِّهِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ إِبَاحَتَهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْغَلَهُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي أَوْقَاتِهَا ، أَوْ يُخْرِجَهُ^(٤٩) إِلَى الْحَلِيفِ الْكَاذِبِ ، وَنَحْوِهِ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، أَوْ يَلْعَبَ بِهَا عَلَى الطَّرِيقِ ، أَوْ يَفْعَلَ فِي لَعِبِهِ مَا يُسْتَخَفُّ بِهِ مِنْ أَجْلِهِ ، وَنَحْوِ هَذَا ، مِمَّا يُخْرِجُهُ عَنِ الْمُرُوءَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ .

فصل : واللَّعِبُ بِالْحَمَامِ يُطَيَّرُهَا ، لَا شَهَادَةَ لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَانَ شُرَيْحٌ لَا يُجِيزُ شَهَادَةَ صَاحِبِ حَمَامٍ وَلَا حَمَامٍ ؛ وَذَلِكَ لِأنَّهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَقِلَّةُ مُرُوءَةٍ ، وَيَتَضَمَّنُ أَذَى الْجِرَانِ بِطَيَّرِهِ ، وَإِشْرَافَهُ عَلَى دُورِهِمْ ، وَرَمْيَهُ^(٥٠) لِيَايَاهَا بِالْحِجَارَةِ . وَقَدْ

(٤٣) وأخرجه ابن حبان ، في المجروحين ٢/٢٩٧ ، وابن الجوزي ، في : العلل المتناهية ٢/٢٩٧ . وانظر حاشيته .
وصاحب الشاه : من يلعب بالشطرنج .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) في ب ، م : « أو القمار » .

(٤٦) في م : « فهو » .

(٤٧) في ا : « وعن الصلاة » .

(٤٨) في م : « تحريما » .

(٤٩) في الأصل : « ويخرجه » .

(٥٠) في الأصل : « ورميهم » .

رَأَى النَّبِيُّ ﷺ رَجُلًا يَتَّبِعُ حَمَامًا ، فَقَالَ : « شَيْطَانٌ يَتَّبِعُ شَيْطَانَةً » ^(٥١) . وَإِنْ اتَّخَذَ الْحَمَامَ لَطَلِبَ فِرَاحِهَا ، أَوْ لَحْمِلَ الْكُتْبِ ، أَوْ لِلْأُنْسِ بِهَا مِنْ غَيْرِ أَذَى يَتَعَدَّى إِلَى النَّاسِ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَقَدْ رَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَشَكَاَ إِلَيْهِ الْوَحْشَةَ ، فَقَالَ : « اتَّخَذَ زَوْجًا مِنْ حَمَامٍ » ^(٥٢) .

فصل : فَأَمَّا الْمُسَابَقَةُ الْمَشْرُوعَةُ ، بِالْحَيْلِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَاتِ ، أَوْ عَلَى الْأَقْدَامِ ، فَمُبَاحٌ ^(٥٣) لَا دَنَاءَةَ فِيهِ ^(٥٤) ، وَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَشْرُوعِيَّةَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْمُسَابَقَةِ ^(٥٥) . وَكَذَلِكَ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الثَّقَافِ ، وَاللَّعِبِ بِالْجِرَابِ . وَقَدْ لَعِبَ الْحَبِشَةُ بِالْجِرَابِ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَامَتْ عَائِشَةُ خَلْفَهُ تَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ، وَتَسْتَتِرُ بِهِ ، حَتَّى مَلَّتْ ^(٥٦) . وَلَئِنْ فِي هَذَا تَعَلُّمًا لِلْحَرْبِ ، فَإِنَّهُ مِنْ آلَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسَابَقَةَ / بِالْحَيْلِ ، وَالْمُنَاضَلَةَ ، وَسَائِرُ اللَّعِبِ ، إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنْ ضَرَرًا ، وَلَا شُغْلًا عَنْ فَرَضٍ ، فَالْأَصْلُ إِبَاحَتُهُ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ فِيهِ دَنَاءَةٌ يَتَرَفَّعُ عَنْهُ ذَوُو الْمُرُوءَاتِ ، مَنَعَ الشَّهَادَةَ إِذَا فَعَلَهُ ظَاهِرًا ، وَتَكَرَّرَ مِنْهُ ، وَمَا كَانَ مِنْهُ لَا دَنَاءَةَ فِيهِ ، لَمْ تُرَدِّ بِهِ ^(٥٧) الشَّهَادَةُ بِحَالٍ .

فصل : فِي الْمَلَاهِي : وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ ؛ مُحَرَّمٌ ، وَهُوَ ضَرْبُ الْأَوْتَارِ وَالنَّايَاتِ ، وَالْمَزَامِيرِ كُلِّهَا ، وَالْعُودِ ، وَالطُّنْبُورِ ، وَالْمَعَزْفَةِ ، وَالرَّيَابِ ، وَنَحْوِهَا ، فَمَنْ أَدَامَ اسْتِمَاعَهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا ظَهَرَتْ فِي أُمَّتِي خَمْسَ عَشْرَةَ خَصْلَةً ، حَلَّ بِهِمُ الْبَلَاءُ » ^(٥٨) . فَذَكَرَ مِنْهَا

(٥١) أخرجه أبو داود ، في : باب في اللعب بالحمام ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤٥/٢ .

(٥٢) أخرجه الخطيب ، في : تاريخ بغداد ١٩٩/٥ .

(٥٣) في ١ ، ب ، م : « فمباحة » .

(٥٤) في م : « فيها » .

(٥٥) تقدم في ٤٠٤/١٣ .

(٥٦) تقدم ترجمته ، في ٥٠٧/٩ .

(٥٧) في م : « بها » .

(٥٨) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في علامة حلول المسخ والحسف ، من أبواب الفتن . عارضة الأحمدي ٥٨/٩ .

إظهارَ المعارِفِ والمَلاهي . وقال سَعِيدٌ^(٥٩) : ثَنَّا فَرَجُ بْنُ فَضَالَةَ ، عن عَلِيِّ بْنِ يَزِيدَ ، عن الْقَاسِمِ ، عن أَبِي أُمَامَةَ ، قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ بَعَثَنِي رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ، وَأَمَرَنِي بِمَحَقِّ الْمَعَارِفِ وَالْمَزَامِيرِ ، لَا يَحُلُّ بَيْنَهُنَّ وَلَا شِرَاؤُهُنَّ وَلَا تَعْلِيمُهُنَّ وَلَا التَّجَارَةُ فِيهِنَّ ، وَتَمْنُهُنَّ حَرَامٌ »^(٦٠) . يعنى الضَّارِبَاتِ . وَرَوَى نَافِعٌ ، قال : سَمِعَ ابْنُ عَمْرٍ مَزْمَارًا ، قال : فَوَضَعَ إصْبَعِيهِ فِي أُذُنِيهِ ، وَنَأَى عَنِ الطَّرِيقِ ، وقال لِي : يَا نَافِعُ ، هَلْ تَسْمَعُ شَيْئًا ؟ قال : فَقُلْتُ : لَا . قال : فَرَفَعَ إصْبَعِيهِ مِنْ أُذُنِيهِ ، وقال : كُنْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ ، فَسَمِعْتُ مِثْلَ هَذَا ، فَصَنَعَ مِثْلَ هَذَا . رَوَاهُ الْخَلَّالُ ، فِي « جَامِعِهِ » مِنْ طَرِيقَيْنِ ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٦١) ، وقال : حَدِيثٌ مُنْكَرٌ . وَقَدْ اخْتَجَّ قَوْمٌ^(٦٢) بِهَذَا الْخَبَرِ عَلَى إِبَاحَةِ الْمِزْمَارِ ، وَقَالُوا : لَوْ كَانَ حَرَامًا لَمَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنَ عُمَرَ مِنْ سَمَاعِهِ ، وَمَنَعَ ابْنَ عُمَرَ نَافِعًا مِنْ سَمَاعِهِ^(٦٣) ، وَلَأَنكَرَ عَلَى الزَّامِرِ بِهَا . قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ اسْتِمَاعُهَا دُونَ سَمَاعِهَا ، وَالِاسْتِمَاعُ غَيْرُ السَّمَاعِ ، وَلِهَذَا فَرَّقَ الْفُقَهَاءُ فِي سُجُودِ التَّلَاوَةِ بَيْنَ السَّمَاعِ وَالْمُسْتَمِيعِ ، وَلَمْ يُوجِبُوا عَلَى مَنْ سَمِعَ شَيْئًا^(٦٤) مُحَرَّمًا سَدَّ أُذُنِيهِ ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ ﴾^(٦٥) . وَلَمْ يَقُلْ : سَدُّوا آذَانَهُمْ . وَالْمُسْتَمِيعُ / هُوَ الَّذِي يَقْصِدُ السَّمَاعَ ، وَلَمْ يُوجَدْ هَذَا مِنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَإِنَّمَا وَجِدَ مِنْهُ السَّمَاعُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَاجَةً إِلَى مَعْرِفَةِ انْقِطَاعِ الصَّوْتِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الطَّرِيقِ ، وَسَدَّ أُذُنِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِيَرْجِعَ إِلَى الطَّرِيقِ ، وَلَا يَرْفَعُ إصْبَعِيهِ عَنْ أُذُنِيهِ ، حَتَّى يَنْقَطِعَ الصَّوْتُ عَنْهُ ، فَأُبَيِّحُ لِلْحَاجَةِ . وَأَمَّا الْإِنْكَارُ ، فَلَعَلَّهُ كَانَ فِي أَوَّلِ الْهَجْرَةِ ، حِينَ لَمْ يَكُنِ الْإِنْكَارُ وَاجِبًا ، أَوْ قَبْلَ إِمْكَانِ الْإِنْكَارِ ؛ لِكَثْرَةِ الْكُفَّارِ ، وَقَلَّةِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا الْخَبَرُ ضَعِيفٌ . فَإِنَّ أَبَا

و ٧٢/١١

(٥٩) فِي الزِّيَادَةِ : « بِنِ جَبْرِ » .

(٦٠) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥٧/٢ ، ٢٦٨ .

(٦١) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٩٩/١٠ .

(٦٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦٣) فِي : أ ، ب ، م ، « : اسْتِمَاعِهِ » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٥) سُورَةُ الْقَصَصِ ٥٥ .

داود رواه ، وقال : هو (٦٦) حديثٌ مُنكَرٌ . قلنا : قد رواه الحَلَّالُ بإسنادِهِ من طَرِيقَيْنِ ، ففعلَ أبا داودَ ضَعْفَهُ لِأَنَّهُ لم يَقَعْ لَهُ إِلَّا مِنْ إِحْدَى الطَّرِيقَيْنِ . وَضَرَبَ مُبَاحٌ ؛ وَهُوَ الدُّفُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اُعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ الدُّفُّ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (٦٧) . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ مَكْرُوهٌ فِي غَيْرِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يُرَوَى عَنْ عَمْرِ ، أَنَّهُ كَانَ إِذَا سَمِعَ صَوْتَ الدُّفِّ ، بَعَثَ فَنَظَرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي وَلِيْمَةٍ سَكَتَ ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهَا ، عَمَدَ بِالْدَّرَةِ (٦٨) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْهُ ، فَقَالَتْ : إِنِّي نَذَرْتُ أَنْ رَجَعْتَ مِنْ سَفَرِكَ سَالِمًا ، أَنْ أَضْرِبَ عَلَى رَأْسِكَ بِالدُّفِّ (٦٩) . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْفِ بِنَذْرِكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٧٠) . وَلَوْ كَانَ مَكْرُوهًا لَمْ يَأْمُرْهَا بِهِ وَإِنْ كَانَ مَنذُورًا . وَرَوَى الرَّبِيعُ بْنُ مَعُوذٍ ، قَالَتْ : دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَبِيحَةَ بَيْتِي ، فَجَعَلَتْ جُوزِيَّاتٍ يَضْرِبْنَ بِدُفِّ هَرٍّ ، وَيَنْدُبْنَ مَنْ قَتَلَ مِنْ آبَائِي يَوْمَ بَدْرٍ ، إِلَى أَنْ قَالَتْ إِحْدَاهُنَّ : وَفِينَا نَبِيٌّ يَعْلَمُ مَا فِي غَدٍ . فَقَالَ : « دَعَى هَذَا ، وَقَوْلِي الَّذِي كُنْتُ تَقُولِينَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٧١) . وَأَمَّا الضَّرْبُ بِالرِّجَالِ فَمَكْرُوهٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ يَضْرِبُ بِهِ النِّسَاءُ ، وَالْمُخَنَّثُونَ (٧٢) الْمُتَشَبِّهُونَ بِهِنَّ ، فَفِي ضَرْبِ الرِّجَالِ بِهِ تَشَبُّهُ بِالنِّسَاءِ ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ (٧٣) . فَأَمَّا الضَّرْبُ

(٦٦) في ب : « هذا » .

(٦٧) تقدم تخريجه ، في : ٤٦٨/٩ .

(٦٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الغناء والدف ، من كتاب الجامع . المصنف ٥/١١ .

(٦٩) سقط من : أ ، ب .

(٧٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥ .

(٧١) أخرجه البخاري ، في : باب حدثني خليفة حدثنا محمد ، من كتاب المغازي ، وفي : باب ضرب الدف في النكاح والوليمة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ١٠٥/٥ ، ٢٥/٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في النبي عن الغناء ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأخوذى ٣٠٩/٤ . وابن ماجه ، في : باب الغناء والدف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١١/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٩/٦ ، ٣٦٠ . وليس في صحيح مسلم ، انظر : تحفة الأشراف ٣٠١/١١ ، ٣٠٢ .

(٧٢) في الأصل : « أو المخنثون » .

(٧٣) أخرجه البخاري ، في : باب المتشبهون بالنساء والمتشبهات بالرجال ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري =

٧٢/١١ ظ بالقَضِيْبِ، فَيُكْرَهُ^(٧٤) إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ مُحَرَّمٌ أَوْ مَكْرُوهٌ، / كَالْتَصْفِيْقِ وَالْغِنَاءِ وَالرَّقْصِ، وَإِنْ خَلَا عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ لَمْ يُكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِآلَةٍ وَلَا بَطَرٍ، وَلَا يُسْمَعُ مُنْفَرِدًا، بِخِلَافِ الْمَلَاهِي. وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَمَا قُلْنَا.

فصل: واختلف أصحابنا في الغناء؛ فذهب أبو بكر الحلال، وصاحبه أبو بكر عبد العزيز، إلى إباحته. قال أبو بكر عبد العزيز: والغناء والتلويح معنى واحد، مباح ما لم يكن معه منكراً، ولا فيه طعن. وكان الحلال يحمل الكراهة^(٧٥) من أحمد على الأفعال المذمومة، لا على القول بعينه. وروى عن أحمد، أنه سمع من^(٧٦) عندي أنه صالح قولاً، فلم ينكر عليه، وقال له صالح: يا أبة، أليس كنت تكره هذا؟ فقال: إنني قيل لي: إنهم يستعملون المنكر. ومن ذهب إلى إباحته من غير كراهة، سعد بن إبراهيم، وكثير من أهل المدينة، والعنبري؛ لما روى عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: كانت عندي جاريتان تغنيان، فدخل^(٧٧) أبو بكر، فقال: مزمور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ! فقال رسول الله ﷺ: «دعهما، فإنها أيام عيد». متفق عليه^(٧٨). وعن عمر، رضى الله عنه، أنه قال: الغناء زاد الرأكب. واختار القاضي أنه مكروه غير محرم. وهو قول الشافعي، قال: هو من اللهو المكروه. وقال أحمد: الغناء يثبت التفاق^(٧٩) في القلب، لا يعجبني. وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه. قال أحمد: في من مات وخلف ولداً يتيماً، وجارية مغنيّة، فاحتاج الصبي إلى بيعها، ثباغ ساذجة. قيل له: إنها تساوي

= ٢٠٥/٧. وأبو داود، في: باب لباس النساء، من كتاب اللباس. سنن أبي داود ٣٨١/٢. والترمذي، في: باب ما جاء في التشبهات بالرجال من النساء، من أبواب الأدب. عارضة الأحوذى ٢٣٤/١٠. وابن ماجه، في: باب في الخنثين، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦١٤/١. والإمام أحمد، في: المسند ٢٥٤/١، ٣٣٠، ٣٣٩، ٢٨٧/٢، ٢٨٩.

(٧٤) في ب، م: «فمكروه».

(٧٥) في الأصل: «الكراهية».

(٧٦) سقط من: أ، م.

(٧٧) في ب: «ودخل».

(٧٨) تقدم تحريمه، في: ٢٠٦/١٠.

(٧٩) في ب: «للتفاق».

مُعْنِيَّةٌ ثَلَاثِينَ أَلْفًا ، وَتُسَاوِي سَادَجَةً عِشْرِينَ دِينَارًا . قَالَ : لَا تَبَاغُ إِلَّا عَلَى أَنَّهَا سَادَجَةٌ .
 وَاحْتَجُّوا عَلَى تَحْرِيمِهِ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ
 الزُّورِ ﴾ ^(٨٠) . قَالَ : الْغِنَاءُ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَمِنَ النَّاسِ
 مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ ﴾ ^(٨١) . قَالَ : هُوَ الْغِنَاءُ ^(٨٢) . وَعَنْ أَبِي أُمَامَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ /
 نَهَى عَنْ شِرَاءِ الْمُعْنِيَّاتِ ، وَبَيْعِهِنَّ ، وَالتَّجَارَةِ فِيهِنَّ ، وَأَكْلِ أَثْمَانِهِنَّ حَرَامٌ . أَخْرَجَهُ
 التِّرْمِذِيُّ ^(٨٣) ، وَقَالَ : لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا ^(٨٤) مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ يَزِيدَ ، وَقَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ أَهْلُ
 الْعِلْمِ . وَرَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْغِنَاءُ يُنْبِتُ النَّفَاقَ فِي الْقَلْبِ » ^(٨٥) .
 وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَنْ اتَّخَذَ الْغِنَاءَ صِنَاعَةً ، يُؤْتِي لَهُ ،
 وَيَأْتِي لَهُ ، أَوْ اتَّخَذَ غُلَامًا أَوْ جَارِيَةً مُعْنِيَيْنِ ، يَجْمَعُ عَلَيْهِمَا النَّاسُ ، فَلَا شَهَادَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
 عِنْدَ مَنْ لَمْ يُحَرِّمَهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَسُقُوطُ مَرْوَةِ ، وَمَنْ حَرَّمَهُ فَهُوَ مَعَ سَفَهِهِ عَاصٍ . مُصِِّرٌ
 مُتَظَاهِرٌ بِنُفْسِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ كَانَ لَا يَنْسِبُ نَفْسَهُ إِلَى
 الْغِنَاءِ ، وَإِنَّمَا يَتَرْتَمُّ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يُعْنَى النَّاسُ ، أَوْ كَانَ غُلَامًا . وَنَحْنُ نَمَّا يُعْنَى لَهُ ، اثْبَتِي
 هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِيهِ . فَمَنْ أَبَاخَهُ أَوْ كَرِهَهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَمَنْ حَرَّمَهُ ، قَالَ : إِنْ
 دَاوَمَ ^(٨٦) عَلَيْهِ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، كَسَائِرِ الصَّغَائِرِ ، وَإِنْ لَمْ يُدَاوِمْ . لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ
 فَعَلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِمَا لَا يَشْهَرُ بِهِ مِنْهُ ، كَسَائِرِ
 الْمُخْتَلَفِ فِيهِ مِنَ الْقُرُوعِ . وَمَنْ كَانَ يَغْشَى بُيُوتَ الْغِنَاءِ ، أَوْ يَغْسُ . سَمِعْتُنَّ لِلْسَّمَاعِ ^(٨٧) ،
 مُتَظَاهِرًا بِذَلِكَ ، وَكَثُرَ مِنْهُ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ . وَإِنْ كَانَ

(٨٠) سورة الحج ٣٠ .

(٨١) سورة لقمان ٦ .

(٨٢) أخرجه الطبري ، في : تفسير الآية . تفسير الطبري ٦١/٢١ .

(٨٣) في : باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(٨٤) سقط من : الأصل .

(٨٥) في م : « وقال » .

(٨٦) أخرجه أبو داود ، في : باب كراهية الغناء والزمر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٩/٢ .

(٨٧) في الأصل : « دام » .

(٨٨) في ١ : « للاستماع » .

مُسْتَتِرًا^(٨٩) به ، فهو كالمُعْنَى لِنَفْسِهِ ، على ما ذُكِرَ من التَّفْصِيلِ فيه .

فصل : فَأَمَّا الْحُذَاءُ ، وهو الإِنْشَادُ الَّذِي تُسَاقُ بِهِ الْإِبِلُ ، فمُبَاحٌ ، لا بَأْسَ^(٩٠) فِي فِعْلِهِ وَاسْتِمَاعِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ^(٩١) عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ ، وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ جَيْدَ الْحُذَاءِ ، وَكَانَ مَعَ الرِّجَالِ ، وَكَانَ أَنْجَشَةُ مَعَ النِّسَاءِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَابْنِ رَوَاحَةَ : « حَرِّكَ بِالْقَوْمِ » . فَأَنْدَفَعَ يَرْتَجِزُ ، فَتَبِعَهُ أَنْجَشَةُ ، فَأَعْتَقَتِ الْإِبِلَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَنْجَشَةَ : « رُويَدُكَ ، رَفَقًا بِالْقَوَارِيرِ »^(٩٢) . يَعْنِي النِّسَاءَ . وَكَذَلِكَ / نَشِيدُ الْأَعْرَابِ ، وَهُوَ النَّصَبُ ، لا بَأْسَ بِهِ ، وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الْإِنْشَادِ ، مَا لَمْ يَخْرُجْ إِلَى حَدِّ الْغِنَاءِ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَسْمَعُ إِنْشَادَ الشَّعْرِ ، فَلَا يَنْكُرُهُ . وَالْغِنَاءُ ، مِنَ الصُّوَرِ ، مَمْدُودٌ مَكْسُورٌ . وَالْغِنَى ، مِنَ الْمَالِ ، مَقْصُورٌ . وَالْحُذَاءُ ، مَضْمُومٌ مَمْدُودٌ ، كَالدُّعَاءِ وَالرُّعَاءِ ، وَيَجُوزُ الْكُسْرُ ، كَالنَّدَاءِ وَالْهَجَاءِ وَالْغِنَاءِ .

فصل : وَالشَّعْرُ كَالْكَلَامِ ؛ حَسَنُهُ كَحَسَنِهِ ، وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ مِنَ الشَّعْرِ لَحُكْمًا »^(٩٣) ، وَكَانَ يَضَعُ لِحَسَانٍ مِنْبَرًا يَقُومُ عَلَيْهِ ، فَيَهْجُو مَنْ

(٨٩) فِي ١ : « مُسْتَتِرًا » . وَفِي ب ، م : « مُعْتَبِرًا » .

(٩٠) فِي ١ ، ب ، م : زِيَادَةٌ « بِهِ » .

(٩١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ » .

(٩٢) لَمْ يَجِدْهُ عَنْ عَائِشَةَ ، وَأَخْرَجَهُ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ، الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَعَارِضِ مَنْدُوحَةٍ عَنِ الْكَذِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥٨/٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ رَحْمَةِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنِّسَاءِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٨١١/٤ ، ١٨١٢ . وَابْنُ حِبَّانَ ، انْظُرْ : الْإِحْسَانُ ٥٢٢/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٠٧/٣ ، ١١٧ ، ١٧٢ ، ١٧٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٢ ، ٢٠٦ ، ٢٢٧ ، ٢٥٤ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ ، النَّسَائِيُّ فِي الْكِبَرِيِّ . انْظُرْ : تَحْقِيقُ الْأَشْرَافِ ٣١٩/٤ . وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ أَيْضًا فِي الْكِبَرِيِّ ، عَنْ عُمَرَ . انْظُرْ : تَحْقِيقُ الْأَشْرَافِ ٩٨/٨ ، ٩٩ .

(٩٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَجُوزُ مِنَ الشَّعْرِ وَالرَّجَزِ وَالْحُذَاءِ وَمَا يَكْرَهُ مِنْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤٢/٨ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٥٩٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ : إِنْ مِنَ الشَّعْرِ حِكْمَةٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَدَبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨٨/١٠ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ١٢٣٥/٢ ، ١٢٣٦ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي أَنْ مِنَ الشَّعْرِ حِكْمَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِسْتِذْنَانِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٩٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٦٩/١ ، ٢٧٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣ ، ٣٢٧ ، ٣٣٢ ، ١٢٥/٥ .

هَجَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ والمسلمين^(٩٤). وَأَنْشَدَهُ كَعْبُ بْنُ زُهَيْرٍ قَصِيدَةً :

* بَأَنْتَ سَعَادُ فَقَلْبِي الْيَوْمَ مَتَبُولٌ *

في المسجد^(٩٥). وَقَالَ لَهُ عُمَةُ الْعَبَّاسُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُمْتَدِحَكَ . فَقَالَ :
« قُلْ ، لَا يَفْضُضُ اللَّهُ فَاكَ » . فَأَنْشَدَهُ :

مِنْ قَبْلِهَا طُبْتُ فِي الظَّلَالِ وَفِي مُسْتَوْدَعٍ حَيْثُ يُخْصَفُ الْوَرَقُ^(٩٦)

وَقَالَ عَمْرُو بْنُ الشَّرِيدِ : أَرَدَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « أَمَعَكَ مِنْ شِعْرِ أُمَيَّةٍ ؟ » .
قُلْتُ : نَعَمْ . فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتًا ، فَقَالَ : « هِيَه » . فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتًا ، فَقَالَ : « هِيَه » . حَتَّى
أَنْشَدْتُهُ مِائَةً قَافِيَةً^(٩٧) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ يَوْمَ حُنَيْنٍ :

أَنَا النَّبِيُّ لَا كَذِبُ

أَنَا ابْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ^(٩٨)

وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي هَذَا ، فَقِيلَ : لَيْسَ بِشِعْرِ ، وَإِنَّمَا هُوَ كَلَامٌ مَوْزُونٌ . وَقِيلَ : بَلْ هُوَ شِعْرٌ ،
وَلَكِنَّهُ بَيْتٌ وَاحِدٌ قَصِيرٌ ، فَهُوَ كَالنَّثَرِ . وَيُرْوَى^(٩٩) أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ قِيلَ لَهُ : مَا مِنْ أَهْلِ
بَيْتٍ فِي الْأَنْصَارِ ، إِلَّا وَقَدْ قَالَ الشَّعْرَ . قَالَ : وَأَنَا قَدْ قُلْتُ :

(٩٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥٩٩/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي
إِنْشَادِ الشَّعْرِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَدَبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨٩/١٠ .

(٩٥) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ شَبَّ فَلَمْ يَسْمَ أَحَدًا ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٤٣/١٠ .
وَعَجَزَ الْبَيْتُ :

* مُتَتِمِّمٌ لِثَرَاهَا لَمْ يُفَدَّ مَكْبُولٌ *

وَانْظُرْ : دِيْوَانُهُ ٦-٢٥ .

(٩٦) عَزَاهُ الْهَيْثَمِيُّ إِلَى الطَّبْرَانِيِّ . جَمْعُ الرِّوَايَةِ ٢١٧/٨ ، ٢١٨ .

(٩٧) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ الشَّعْرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٧٦٧/٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ
الْأَدَبِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١٢٣٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٨٨/٤ - ٣٩٠ .

(٩٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَادَ دَابَّةً غَيْرَهُ فِي الْحَرْبِ ، وَبَابِ بَغْلَةِ النَّبِيِّ ﷺ الْبَيْضَاءِ ، وَبَابِ مَنْ صَفَّ أَصْحَابَهُ
عِنْدَ الْهَرَمَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٣٧/٤ ، ٣٩ ، ٨١ ، ١٩٤/٥ ، ١٩٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ حُنَيْنٍ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ
مُسْلِمٍ ٣/١٤٠٠ ، ١٤٠١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الثَّبَاتِ عِنْدَ الْقِتَالِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
١٨٤/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٨١/٤ ، ٣٠٤ .

(٩٩) فِي ب : « قِيلَ وَيُرْوَى » .

يُرِيدُ الْمَرْءُ أَنْ يُعْطَى مِنْهُ وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا مَا أَرَادَا
يَقُولُ الْمَرْءُ فَأَيَّدَتْنِي وَمَالِي وَتَقَوَّى اللَّهُ أَفْضَلُ مَا اسْتَفَادَا^(١٠٠)

وليس في إباحة الشعر خلاف، وقد قاله الصحابة والعلماء، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية^(١٠١)، والاستشهاد به في التفسير، وتعرف معاني كلام الله تعالى، وكلام رسوله ﷺ، ويستدل به أيضاً على النسب، والتاريخ^(١٠٢)، وأيام العرب. ويقال: الشعر ديوان العرب. فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾^(١٠٣) وقال النبي ﷺ: «لَأَنْ يَمْتَلِي جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحًا حَتَّى يَرِيَهُ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمْتَلِي شِعْرًا». رواه أبو داود، وأبو عبيد^(١٠٤). وقال: معنى يريه، يأكل جوفه، يقال: وراه يريه، قال الشاعر^(١٠٥):

و٧٤/١١

وَرَاهُنَّ رَرِّيَ مِثْلَ مَا قَدْ وَرَيْنِي وَأَحْمَى عَلَى أَكْبَادِهِنَّ الْمَكَوِنَا
قُلْنَا: أَمَا الْآيَةُ، فالمراد بها من أسرف وكذب؛ بدليل وصفه لهم بقوله: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ* وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ﴾^(١٠٦). ثم استثنى المؤمنين، فقال: ﴿إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا﴾^(١٠٧). ولأن الغالب على

(١٠٠) أوردته ابن عبد البر، في: الاستيعاب ١٦٤٨/٤.

(١٠١) سقطت الواو من: ١، م.

(١٠٢) في ١: «والتاريخ».

(١٠٣) سورة الشعراء ٢٢٤.

(١٠٤) أخرجه أبو داود، في: باب ماجاء في الشعر، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٥٩٨/٢. وأبو عبيد، في:

غريب الحديث ١/٣٤-٣٦.

كما أخرجه البخاري، في: باب ما يكره أن يكون الغالب على الإنسان الشعر ...، من كتاب الأدب. صحيح البخاري ٤٥/٨. ومسلم، في: كتاب الشعر. صحيح مسلم ١٧٦٩/٤، ١٧٧٠. والترمذي، في: باب ماجاء: لأن يمتلي جوف أحدكم قَيْحًا ...، من أبواب الأدب. عارضة الأخوذى ٢٩٢/١٠. وابن ماجه، في: باب ماكره من الشعر، من كتاب الأدب. سنن ابن ماجه ١٢٣٦/٢، ١٢٣٧. والدارمي، في: باب: لأن يمتلي جوف أحدكم ...، من كتاب الاستئذان. سنن الدارمي ٢٩٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٧٥/١، ١٧٧، ١٨١، ٣٩/٢، ٩٦، ٢٨٨، ٣٣١، ٣٥٥، ٣٩١، ٤٧٨، ٤٨٠، ٨/٣، ٤١.

(١٠٥) هو سحيم بن عبد بنى الحسحاس. ديوانه ٢٤.

(١٠٦) سورة الشعراء ٢٢٥، ٢٢٦.

(١٠٧) سورة الشعراء ٢٢٧.

الشُّعْرَاءِ قِلَّةُ الدِّينِ ، وَالْكَذِبُ ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ ، وَهَجَاءُ الْأَبْرِيَاءِ ، سَيِّمًا مَنْ كَانَ فِي
 ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ ، مِمَّنْ يَهْجُو الْمُسْلِمِينَ ، وَيَهْجُو النَّبِيَّ ﷺ ، وَيَعِيبُ الْإِسْلَامَ
 وَأَهْلَهُ^(١٠٨) ، وَيَمْدَحُ الْكُفَّارَ ، فَوْقَ الذَّمِّ عَلَى الْأَغْلَبِ ، وَاسْتَنْتَى مِنْهُمْ مَنْ لَا يَفْعَلُ الْخِصَالَ
 الْمَذْمُومَةَ ، فَالْآيَةُ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، وَمَدْحُ أَهْلِ الْمُتَصَفِّينَ بِالصِّفَاتِ الْجَمِيلَةِ . وَأَمَّا
 الْخَبَرُ ؛ فَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : مَعْنَاهُ أَنْ يَغْلِبَ عَلَيْهِ الشُّعْرُ حَتَّى يَشْغَلَهُ عَنِ الْقُرْآنِ وَالْفَقْهِ . وَقِيلَ :
 الْمُرَادُ بِهِ مَا كَانَ هِجَاءً وَفُحْشًا ، فَمَا كَانَ مِنَ الشُّعْرِ يَتَضَمَّنُ هَجَوَ الْمُسْلِمِينَ ، وَالْقَذْحَ فِي
 أَعْرَاضِهِمْ ، أَوْ التَّشْيِيبَ^(١٠٩) بِامْرَأَةٍ بَعَيْنِهَا ، بِالْإِفْرَاطِ^(١١٠) فِي وَصْفِهَا ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا
 أَنَّهُ مُحَرَّمٌ . وَهَذَا إِنْ أُريدَ بِهِ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى قَائِلِهِ ، فَهُوَ صَحِيحٌ ، وَأَمَّا عَلَى رَاوِيهِ فَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ
 الْمَغَازِي تَرَوَى فِيهَا قِصَائِدُ الْكُفَّارِ الَّذِينَ هَجَّوْا بِهَا^(١١١) أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لَا
 يُنْكِرُ ذَلِكَ أَحَدٌ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَذِنَ فِي الشُّعْرِ الَّذِي تَقَاوَلَتْ بِهِ الشُّعْرَاءُ فِي يَوْمٍ بِدِرٍ
 وَاحِدٍ وَغَيْرِهَا ، إِلَّا قَصِيدَةَ أُمِّةَ بْنِ أَبِي الصَّلْتِ الْحَائِيَّةِ^(١١٢) . وَكَذَلِكَ يُرَوَى شِعْرُ قَيْسِ بْنِ
 الْخَطِيمِ^(١١٣) ، فِي التَّشْيِيبِ بِعَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ ، أُخْتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ ، وَأُمِّ التُّعْمَانِ
 بْنِ بَشِيرٍ . وَقَدْ سَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ قَصِيدَةَ كَعْبِ بْنِ زُهَيْرٍ ، وَفِيهَا التَّشْيِيبُ بِسُعَادَ . وَلَمْ يَزَلِ
 النَّاسُ يُرَوُّونَ أَمْثَالَ هَذَا ، وَلَا يُنْكِرُ . وَرَوَيْنَا أَنَّ التُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ / دَخَلَ مَجْلِسًا فِيهِ رَجُلٌ
 يُغْنِيهِمْ بِقَصِيدَةِ قَيْسِ ابْنِ الْخَطِيمِ ، فَلَمَّا دَخَلَ التُّعْمَانُ سَكَتُوهُ مِنْ قَبْلِ أَنْ فِيهَا ذِكْرُ أُمِّهِ ،
 فَقَالَ التُّعْمَانُ : دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقُلْ بَأْسًا ، إِنَّمَا قَالَ :

وَعَمْرَةَ مِنْ سَرَوَاتِ النِّسَاءِ . تَنْفَحُ بِالْمِسْكِ أُرْدَانُهَا^(١١٤)

وَكَانَ عِمْرَانُ بْنُ طَلْحَةَ فِي مَجْلَسٍ ، فَعَنَاهُمْ رَجُلٌ بِشِعْرِ فِيهِ ذِكْرُ أُمِّهِ ، فَسَكَتُوهُ مِنْ

(١٠٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٠٩) في ١ ، ب ، م : « التشيب » .

(١١٠) في م : « والإفراط » .

(١١١) سقط من : الأصل .

(١١٢) القصيدة في : السيرة النبوية ٢/٣٠-٣٢ ، وأوها :

أَلَا بِكُنْصِيَّتٍ عَلَى الْكَرَامِ مِ بَنِي الْكَرَامِ أَوْلَى الْمَادَخِ

(١١٣) قيس بن الخطيم من بني الأوس ، عاش في الجاهلية ، وأدرك الإسلام ولم يسلم ، وقتل قبل الهجرة . انظر مقدمة تحقيق الديوان ٧ ، ٨ .

(١١٤) القصة والبيت في ديوانه ٢٤ .

أَجْلِه ، فقال : دَعُوهُ ، فَإِنَّ قَاتِلَ هَذَا الشَّعْرِ ، كَانَ زَوْجَهَا . فَأَمَّا الشَّاعِرُ ، فَمَتَى كَانَ يَهْجُو الْمُسْلِمِينَ أَوْ يَمْدَحُ بِالْكَذِبِ ، أَوْ يَقْذِفُ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمَةً ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تُرَدُّ ، وَسَوَاءٌ قَذَفَ الْمُسْلِمَةَ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ . وَقَدْ قِيلَ : أَعْظَمُ النَّاسِ ذَنْبًا ، رَجُلٌ يُهَاجِي رَجُلًا ، فَيَهْجُو الْقَبِيلَةَ بِأَسْرِهَا . وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّ أَبَا دُلَامَةَ^(١١٥) شَهِدَ عِنْدَ قَاضٍ ، أَظَنَّهُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى ، وَلَعَلَّ الْقَاضِيَ سَوَّارٌ^(١١٦) ، فَخَافَ أَنْ يَرُدَّ شَهَادَتَهُ . فَقَالَ :

إِنَّ النَّاسُ غَطُّونِي تَغْطِيتُ عَنْهُمْ وَإِنْ بَحْثُوا عَنِّي فَفِيهِمْ مَبَاحِثُ
فَقَالَ الْقَاضِي : وَمَنْ يَبْحَثُكَ يَا أَبَا دُلَامَةَ . وَغَرِمَ الْمَالُ مِنْ عِنْدِهِ ، وَلَمْ يُظْهِرْ أَنَّهُ رَدَّ شَهَادَتَهُ .

فصل في قراءة القرآن بالألحان : أَمَّا قِرَاءَتُهُ مِنْ غَيْرِ تَلْجِينٍ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ حَسَنَ صَوْتُهُ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : ^(١١٧) « زَيَّنُوا أَصْوَاتَكُمْ بِالْقُرْآنِ » . وَرَوَى^(١١٨) : « زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ »^(١١٩) . وَقَالَ : « لَقَدْ أُوتِيَ أَبُو مُوسَى مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١٢٠) . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِأَبِي مُوسَى : « لَقَدْ مَرَرْتُ بِكَ الْبَارِحَةَ ، وَأَنْتَ تَقْرَأُ ، وَلَقَدْ أُوتِيتَ مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١٢١) . فَقَالَ أَبُو مُوسَى : لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكَ تَسْمَعُ ، لَحَبَّرْتُهُ لَكَ تَحْبِيرًا^(١٢٢) . وَرَوَى أَنَّ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَبْطَأَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ لَيْلَةً ، فَقَالَ : « أَتَيْنَ كُنْتَ يَا عَائِشَةُ ؟ » . فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كُنْتُ أَسْتَمِعُ قِرَاءَةَ رَجُلٍ فِي الْمَسْجِدِ ، لَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يَقْرَأُ أَحْسَنَ مِنْ قِرَاءَتِهِ . فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَاسْتَمَعَ قِرَاءَتَهُ ، ثُمَّ قَالَ : « هَذَا سَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حَذِيفَةَ ، الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِي أُمَّتِي مِثْلَ هَذَا »^(١٢٣) . وَقَالَ صَالِحٌ : قُلْتُ لِأَبِي : « زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ » . / مَا مَعْنَاهُ ؟

و ٧٥/١١

(١١٥) هُوَ زَيْدُ بْنُ الْجَوْنِ ، كُوفِيٌّ أَسَدٌ . كَانَ مَوْلَى لِبْنِي أَسَدَ ، وَأَدْرَكَ آخِرَ أَيَّامِ بَنِي أُمَيَّةَ ، وَالْقِصَّةُ وَالْبَيْتُ فِي : عَيُونُ الْأَخْبَارِ ٦٩/١ ، الْكَامِلُ ، لِلْمِصْبَاحِ ٤٥/٢ ، ٤٦ ، الْأَغَانِي ٢٣٨/١٠ ، ٢٣٩ .

(١١٦) - (١١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١٧) - (١١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١٨) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٦١٤/٢ .

(١١٩) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٦١٥/٢ .

(١٢٠) - (١٢١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٢١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٦١٥/٢ .

قال : أن يُحسِّنَه . وقيل له : ما معنَى : « مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . قال : يَرْفَعُ صَوْتَهُ بِهِ . وهكذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال اللَّيْثُ : يَتَحَزَّنُ بِهِ ، وَيَتَخَشَّعُ بِهِ ، وَيَتَبَاكَى بِهِ . وقال ابنُ عُيَيْنَةَ ، وَعَمْرُو بْنُ الْحَارِثِ ، وَوَكَيْعٌ : يَسْتَعْنِي بِهِ . فَأَمَّا الْقِرَاءَةُ بِالتَّلْحِينِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ لَمْ يُفْرِطْ فِي التَّمْطِيطِ وَالْمَدِّ وَإِشْبَاعِ الْحَرَكَاتِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِ قَرَأَ ، وَرَجَعَ ، وَرَفَعَ صَوْتَهُ . قال الرَّأَوِيُّ : لَوْلَا أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَى ، لَحَكَيْتُ لَكُمْ قِرَاءَتَهُ ^(١٢٢) . وقال عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » ^(١٢٣) . وقال : « مَا أذنَ اللَّهُ لِشَيْءٍ كَإِذْنِهِ لِنَبِيِّ حَسَنِ الصَّوْتِ ، يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ » ^(١٢٣) . ومعنَى أذنَ : اسْتَمَعَ . قال الشاعر ^(١٢٤) :

* فِي سَمَاعٍ يَأْذُنُ الشَّيْخُ لَهُ *

وقال القاضي : هو مَكْرُوهٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ . ونحوه قولُ أبي عُيَيْدٍ ، وقال ^(١٢٥) معنَى قوله : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . أى : يَسْتَعْنِي بِهِ . قال الشَّاعِرُ :

وَكَنتُ امْرَأً زَمَنًا بِالْعِرَاقِ عَفِيفَ الْمُنَاجِ كَثِيرَ التَّغْنَى

قال : ولو كان من الغِنَاءِ بِالصَّوْتِ ، لَكَانَ مَنْ لَمْ يُعَنَّ بِالْقُرْآنِ لَيْسَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ .

(١٢٢) أخرجه البخارى ، فى : باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازى ، وفى : باب تفسير سورة الفتح ، من كتاب التفسير ، وفى : باب القراءة على الدابة ، وباب الترجيع ، من كتاب فضائل القرآن . وفى : باب ذكر النبي ﷺ وروايته عن ربه ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ١٨٧/٥ ، ٦٩/٦ ، ٢٣٨ ، ٢٤١ ، ٩٢/٩ . ومسلم ، فى : باب ذكر قراءة النبي ﷺ سورة الفتح يوم فتح مكة ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٥٤٧/١ . وأبو داود ، فى : باب استحباب الترتيل فى القراءة ، من كتاب الوتر . سنن أبى داود ٣٣٨/١ . وانظر : تحفة الأشراف ١٨٠/٧ ، ١٨١ . والراوى هو عبد الله بن مغفل المزنى .

(١٢٣) تقدم تخريجه ، فى : ٦١٤/٢ .

(١٢٤) هو عدى بن زيد ، وهذا صدر بيت ، عجزه :

* وَحَدِيثٌ مِثْلُ مَا ذِى مُشَارٍ *

وهو فى : غريب الحديث ١٤٠/٢ ، الصحاح ٧٠٤/٢ ، مقاييس اللغة ٧٦/١ ، ٢٢٦/٣ ، ٦٠/٣ ، اللسان والتاج (ش ور ، أذن) .

والمأذى المشار : العسل الأبيض المجتنى .

(١٢٥) فى غريب الحديث ١٧١/٢ ، ١٧٢ .

والبيت للأعشى الكبير ، وهو فى ديوانه ٢٥ .

وَرَوَى نَحْوُ هَذَا التَّفْسِيرَ عَنْ ابْنِ عُيَيْنَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْبِرْتَنِيُّ ^(١٢٦) : هَذَا قَوْلُ مَنْ أَدْرَكْنَا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ : يَتَغَنَّى بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ . وَقِيلَ : يُحَسِّنُ صَوْتَهُ بِهِ ^(١٢٧) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْقَدَرُ مِنَ التَّلْحِينِ لَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَكْرُوهًا ، لَمْ يَفْعَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ . وَلَا يَصِحُّ حَمْلُهُ ^(١٢٨) التَّغَنَّى فِي حَدِيثٍ : « مَا أَذِنَ اللَّهُ لِشَيْءٍ ، كَأِذْنِهِ لِنَبِيِّ يَتَغَنَّى ^(١٢٩) بِالْقُرْآنِ » . عَلَى الْاسْتِغْنَاءِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى أَذِنَ : اسْتَمَعَ ، وَإِنَّمَا اسْتَمَعَ الْقِرَاءَةُ ، ثُمَّ قَالَ : يَجْهَرُ بِهِ . وَالْجَهْرُ صِفَةُ الْقِرَاءَةِ ، لَا صِفَةُ الْاسْتِغْنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ أَفْرَطَ فِي الْمَدِّ وَالتَّمْطِيطِ وَإِشْبَاعِ الْحَرَكَاتِ ، بِحَيْثُ يَجْعَلُ الضَّمَّةَ وَآوًا ، وَالْفَتْحَةَ أَلْفًا ، وَالْكَسْرَةَ يَاءً ، كَرِهَ ذَلِكَ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يُحَرِّمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُعَيِّرُ الْقُرْآنَ ، وَيُخْرِجُ الْكَلِمَاتِ عَنْ وَضْعِهَا ، وَيَجْعَلُ الْحَرَكَاتِ / حُرُوفًا . وَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ : مَا اسْمُكَ ؟ قَالَ : مُحَمَّدٌ . قَالَ : أَيَسْرُكَ ^(١٣٠) أَنْ يُقَالَ لَكَ : يَا مُوَحَّامِدُ ؟ قَالَ : لَا . فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَعَلَّمَ الرَّجُلُ الْأَلْحَانَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جِرْمُهُ ^(١٣١) مِثْلَ جِرْمِ أَبِي مُوسَى . فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : فَيُكَلِّمُونَ ؟ فَقَالَ : لَا ، كُلُّ ذَا . وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ تُسْتَحَبُّ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ بِالتَّحْزِينِ وَالتَّرْتِيلِ وَالتَّحْسِينِ . وَرَوَى بُرَيْدَةُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ بِالْحُزْنِ ، فَإِنَّهُ نَزَلَ بِالْحُزْنِ » ^(١٣٢) . وَقَالَ الْمَرْوُذِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قَالَ لِرَجُلٍ : لَوْ قَرَأْتَ . وَجَعَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ رَبَّمَا تَعَرَّعَتْ عَيْنُهُ . وَقَالَ زُهَيْرُ ابْنِ حَرْبٍ : كُنَّا عِنْدَ بَحْيَى الْقَطَّانِ ، فَجَاءَ مُحَمَّدُ بْنُ سَعِيدٍ التُّرْمِذِيُّ ، فَقَالَ لَهُ يَحْيَى :

٧٥/١١ ظ

(١٢٦) أبو العباس أحمد بن محمد بن عيسى البرقي الفقيه الحنفي ، توفي سنة ثمانين ومائة . الجواهر المضيئة

. ٣٠٣-٣٠١/١

(١٢٧) سقط من : ١ .

(١٢٨) في ١ ، م زيادة : « على » .

(١٢٩) في الأصل : « يغني » .

(١٣٠) في الأصل : « أسرك » .

(١٣١) في ١ ، ب ، م : « حرمه » .

(١٣٢) في ١ ، ب ، م : « حرم » .

(١٣٣) عزاه السيوطي إلى الطبراني في الأوسط وأبي يعلى ، وأبى نصر السجزي في الإبانة . الجامع الكبير ١٣٤/١ .

وانظر الأوسط ٤٢٧/٣ .

أَقْرَأُ^(١٣٤) . فَقَرَأَ ، فَعُثِيَ عَلَى يَحْيَى حَتَّى حُمِلَ فَأُدْخِلَ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ صَالِحٍ الْعَدَوِيُّ :
قَرَأْتُ عِنْدَ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْقَطَّانِ ، فَعُثِيَ عَلَيْهِ ، حَتَّى فَاتَهُ خَمْسُ صَلَوَاتٍ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الطُّفْلِيِّ ؛ وَهُوَ الَّذِي يَأْتِي طَعَامَ النَّاسِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ . وَهَذَا
قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُرَوَّى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ
أَتَى إِلَى طَعَامٍ لَمْ يُدْعَ إِلَيْهِ ، دَخَلَ سَارِقًا ، وَخَرَجَ مُغِيرًا »^(١٣٥) . وَلِأَنَّهُ يَأْكُلُ مُحَرَّمًا ،
وَيَفْعَلُ مَا فِيهِ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَذَهَابُ مَرْوَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَتَكَرَّرْ هَذَا مِنْهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
الصَّغَاثِرِ .

فصل : وَمَنْ سَأَلَ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَحْلَلَ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، فَأَكْثَرَ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ^(١٣٦) ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ
مُحَرَّمًا ، وَأَكَلَ سُخْتًا ، وَأَتَى دَنَاءَةً . وَقَدْ رَوَى قَبِيصَةُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ
الْمَسْأَلَةُ لَا تَحْلَلُ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةً ؛ رَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَاجْتَا حَتَّ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ ، حَتَّى
يَشْهَدَ لَهُ^(١٣٧) ثَلَاثَةً مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ ، حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً ،
فَحَلَّتْ لَهُ / الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكَ ، فَمَا سِوَى ذَلِكَ^(١٣٨) مِنَ الْمَسْأَلَةِ^(١٣٩)
فَهُوَ سُخْتٌ ، يَأْكُلُهُ صَاحِبُهُ سُخْتًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٤٠) . فَأَمَّا السَّائِلُ مِمَّنْ
تُبَاحُ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ عُمْرِهِ سَائِلًا ، أَوْ يَكْثُرَ ذَلِكَ
مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَنَاءَةٌ وَسُقُوطُ مَرْوَةٍ . وَمَنْ أَخَذَ مِنَ الصَّدَقَةِ مِمَّنْ
يَجُوزُ لَهُ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ جَائِزًا ، لَا دَنَاءَةَ فِيهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا

٧٦/١١ و

(١٣٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « أَقْرَأَ » .

(١٣٥) فِي أ ، ب ، م : « مَعِيرًا » . وَمَغِيرًا ، أَى : نَاهِبًا مَالَ غَيْرِهِ .

وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِبَاجَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعَمَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٠٦/٢ . وَابِيهَقِي ، فِي :
بَابِ مَنْ لَمْ يَدْعُ غَمَّ جَاءَ ... ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٦٥/٧ .

(١٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٣٨-١٣٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣٩) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ١١٩/٤ .

ما لا يجوز له ، وتكرّر ذلك منه ، رُدَّتْ شهادته ؛ لأنه مُصِرٌّ على الحرام .

فصل : ومن فعل شيئاً من الفروع مُخْتَلَفًا فيه ، مُعْتَقِدًا إباحته ، لم تُرَدِّ شهادته ، كالتزوّج بغير وليٍّ ، أو بغير شهودٍ ، وآكل مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ ، وشارِبِ يَسِيرِ التَّبِيدِ . نصَّ عليه أحمدٌ ، في شارِبِ التَّبِيدِ ، يُحَدُّ ، ولا تُرَدُّ شهادته . وهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : تُرَدُّ شهادته ؛ لأنه فعلٌ ما يَعْتَقِدُ الحَاكِمُ تحريمه ، فأشبههُ الْمُتَّفَقُ على تحريمه . ولنا ، أنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، كانوا يَخْتَلِفُونَ في الفروع ، فلم يَكُنْ بَعْضُهُمْ يَعِيبُ مَنْ خَالَفَهُ ، ولا يَفْسُقُهُ ، ولأنَّهُ فَرَعٌ^(١٤٠) مُخْتَلَفٌ فيه ، فلم تُرَدِّ شهادَةُ فاعِلِهِ ، كالذي يُوافِقُهُ عليه الحَاكِمُ . وإن فعل ذلك مُعْتَقِدًا تحريمه ، رُدَّتْ شهادته^(١٤١) إِذَا تَكَرَّرَ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا تُرَدُّ شهادته به ؛ لأنه فعلٌ لا تُرَدُّ به شهادةُ بعضِ النَّاسِ ، فلا تُرَدُّ به شهادةُ البعضِ الآخرِ ، كالمُتَّفَقِ على حِلِّهِ . ولنا ، أَنَّهُ فَعَلٌ يَحْرُمُ على فاعِلِهِ ، ويَأْتُمُّ به ، فأشَبَّهُهُ الْمُجْمَعُ على تحريمه ، وهذا فارقٌ مُعْتَقَدٌ حِلُّهُ . وقد رَوَى عن أحمد ، في مَنْ يَجِبُ عليه الْحَجُّ فلا يَحُجُّ : تُرَدُّ شهادته . وهذا يُحْمَلُ على مَنْ اعتَقَدَ وجوبَهُ على الفورِ . فأما مَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ على التَّراجِي ، ويتركُهُ بَنِيَّةً فِعْلِهِ ، فلا تُرَدُّ شهادته ، كسائرِ ما ذكرنا . ويَحْتَمِلُ أَنْ تُرَدِّ شهادته مُطْلَقًا ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ قَدَرَ عَلَى الْحَجِّ فَلَمْ يَحُجَّ ، فَلَيَمُتْ إِنْ شَاءَ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا »^(١٤٢) . وقال عمرُ : لقد هَمَمْتُ أَنْ أَنْظُرَ في النَّاسِ ، فَمَنْ وَجَدْتُهُ يَقْدِرُ على الْحَجِّ ولا يَحُجُّ ، ضَرَبْتُ عليه الجَزِيَّةَ ، ثم قال : ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين .

١٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وَتُجْوزُ شَهَادَةُ الْكُفَّارِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فِي الْوَصِيَّةِ فِي الْعَقْرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمْ) ٧٧/١١ ظ

وجملته ، أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ بَوْصِيَّةَ الْمُسَافِرِ الَّذِي مَاتَ فِي سَفَرِهِ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، قُبِلَتْ شهادتهما ، إِذَا لَمْ يُوجَدْ غَيْرُهُمَا ، وَيُسْتَحْلَفَانِ بَعْدَ الْعَصْرِ مَا خَانَا وَلَا كَتَمَا ، وَلَا

(١٤٠) في ١ ، ب ، م : « نوع » .

(١٤١) في م : « شهادة به » .

(١٤٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٧/٥ .

اشْتَرِيَا بَهْتَمًا قَلِيلًا ﴿١﴾ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى ، وَلَا تَكُنْتُمْ شَهَدَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴿٢﴾ . قال ابن المنذر : وهذا قال أكابر الماضين . يعنى الآية التى فى سورة المائدة . وممن قاله شُرَيْحٌ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، ويحيى بن حَمَزَةَ ^(٢) . وقضى بذلك ابن مسعود ، وأبو موسى ، رضى الله عنهما ^(٣) . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ^(٤) على غير الوصية ، لا تُقْبَلُ فى الوصية ؛ كالفاسق ^(٥) لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، فالكافر أولى . واختلفوا فى تأويل الآية ؛ فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال : المراد بقوله : ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ ^(٦) . أى من غير عشيرتكم . ومنهم من قال : الشهادة فى الآية لليمين . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ ﴾ . الآية ^(٧) . وهذا نص الكتاب ، وقد قضى به ^(٨) رسول الله ﷺ وأصحابه ، فروى ابن عباس ، قال : خرج رجل من بنى سَهْمٍ مع تميم الدارى ، وعدي بن زيد ، فمات السهمى بأرض ليس بهامسلم ، فلما قُدم بتركته فَقَدُوا ^(٩) جَامَ فِضَّةٍ مَّخْصُوصًا ^(٨) بالذهب ، فأحلفهما رسول الله ﷺ ، ثم وَجَدُوا الْجَامَ بِمَكَّةَ ، فقالوا : اشتريناه من تميم وعدي ، فقام رجلان من أولياء السهمى ، فحلفا بالله :

(١) سورة المائدة ١٠٦ .

(٢) يحيى بن حمزة بن واقد ، قاضى دمشق ، ثقة ، كثير الحديث ، توفى سنة ثلاث وثمانين ومائة . سير أعلام النبلاء ٣١٤/٨ ، ٣١٥ .

(٣) أخرجه عن شريح وأبي موسى ، البيهقى ، فى : باب من أجاز شهادة أهل الذمة ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٦٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب شهادة أهل الكفر على أهل الإسلام ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٦٠ . والطبرى ، فى : تفسير الآية . تفسير الطبرى ٧/١٠٥ . كما أخرجه عن شريح وكيع ، فى : أخبار القضاة ٢/٢٨١ . ويأتى أثر ابن مسعود فى آخر المسألة .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) فى انيادة : « ولأن الفاسق » .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى الأصل : « فقد » .

(٨) مخوص : مزين .

لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم . فنزلت فيهم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا
شَهَدَةُ بَيْنَكُمْ﴾ الآية . وعن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاً^(٩) ،
ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته ، فأشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدم
الكوفة ، فأثيا الأشعري ، فأخبره ، /وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعري : هذا أمر لم
يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ ، فأخلفهما بعد العصر ما خانا ، ولا كذباً ،
ولا بدلاً ، ولا كتماً ، ولا غيراً ، وأنها لوصية الرجل ، وتركته ، فأمضى شهادتهما .
رواهما أبو داود ، في « سننه »^(١٠) . وروى الحلال حديث أبي موسى بإسناده . وحمل الآية
على أنه أراد من غير عشر تركم ، لا يصح ؛ لأن الآية نزلت في قصة^(١١) عدى وتميم ، بلا
خلاف بين المفسرين ، وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ،
وعبيدة ، وسعيد بن جبير ، والشعبي ، وسليمان التيمي ، وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث
التي روينها . ولأنه لو صح ما ذكره ، لم تجب الأيمان ؛ لأن الشاهدين من^(١٢) المسلمين
لا قسامة عليهم . وحملها على التحمل لا يصح ؛ لأنه أمر بإخلافهم ، ولا أيمان في
التحمل . وحملها على اليمين لا يصح ؛ لقوله : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اَرْتَبْتُمْ لَا نُشْتَرِي بِهِ
ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ ﴾ . الآية . ولأنه عطفها على ذوى العدل من
المؤمنين ، وهما شاهدان . وروى أبو عبيد ، في « الناسخ والمنسوخ »^(١٣) أن ابن
مسعود قضى بذلك في زمن عثمان . قال أحمد : أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي
موسى ، من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله ، وقضاء رسول الله ﷺ ،
وقضاء الصحابة به^(١٤) ، وعملهم بما ثبت^(١٤) في الكتاب والسنة ، فتعين المصير إليه ،

(٩) دقوقا : مدينة بين إربل وبغداد . معجم البلدان ٥٨١/٢ .

(١٠) في : باب شهادة أهل الذمة ... ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٦/٢ .

وأخرج الأول الترمذى ، في : باب تفسير سورة المائدة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٨٢/١١ - ١٨٤ .

(١١) في ١ ، ب ، م ، : قضية ٤ .

(١٢) سقط من : ١ .

(١٣) الناسخ والمنسوخ ٢١٣ - ٢١٥ .

(١٤) سقط من : ب .

والعمل به ، سواء وافق القياس أو خالفه .

١٨٩٢ - مسألة : قال : (وَلَا تُجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ)

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تُقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا . رواه عنه نحو من عشرين نفساً . وممن قال : لا تُقبل شهادتهم ؛ الحسن ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور . ونقل حنبل ، عن أحمد ، أن شهادة بعضهم على بعض ^(١) تُقبل . وخطأه الخلل في نقله هذا ، وكذلك صاحبه أبو بكر ، قال : هذا غلط لا شك فيه . / وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتين . وقال أبو حفص البرمكي ^(٢) : تُقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب ، إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه . والمذهب الأول ، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك . وذهبت طائفة من أهل العلم ، إلى أن شهادة بعضهم على بعض تُقبل ، ثم اختلفوا ؛ فمنهم من قال : الكفر كله ملة واحدة ، فتقبل شهادة اليهودي على النصراني ، والنصراني على اليهودي . وهذا قول حماد ، وسوار ، والثوري ، والبتي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . وعن قتادة ، والحكم ، وأبي عبيد ، وإسحاق : تُقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ، ولا تُقبل شهادة يهودي على نصراني ، ولا نصراني على يهودي . وروى عن الزهري ، والشافعي ، كقولنا ، وكقولهم . واحتجوا بما روى عن ^(٣) جابر ، أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض . رواه ابن ماجه ^(٤) . ولأن بعضهم يلي على بعض ، فتقبل شهادة بعضهم على بعض ، كالمسلمين . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^(٥) . وقال تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(٦) . والكافر ليس يذو عدل ، ولا هو منّا ، ولا من رجالنا ، ولا

(١) في ب ، م زيادة : « لم » .

(٢) في الأصل : « الشرمكي » . وهو عمر بن أحمد بن إبراهيم البرمكي ، تقدم في : ٣٤/٣ .

(٣) سقط من : ١ .

(٤) في : باب شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٤/٢ .

(٥) سورة الطلاق ٢ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

مَنْ نَرَضَاهُ ؛ وَلَئِنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ دِينِهِ ، فَلَا تُقْبَلُ عَلَى أَهْلِ دِينِهِ ، كَالْحَرْبِيِّ ، وَالْخَبَرُ يَرْوِيهِ مُجَالِدٌ وَهُوَ ضَعِيفٌ ، وَإِنْ ثَبَتَ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْيَمِينَ ، فَإِنَّهَا تُسَمَّى شَهَادَةً ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي اللَّعَانِ : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ » (٧) . وَأَمَّا الْوَلَايَةُ فَمُتَعَلِّقُهَا الْقَرَابَةُ وَالشَّفَقَةُ ، وَقَرَابَتُهُمْ ثَابِتَةٌ ، وَشَفَقَتُهُمْ كَشَفَقَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَجَازَتْ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ ، فَإِنَّ غَيْرَ أَهْلِ دِينِهِمْ لَا يَلِي عَلَيْهِمْ ، وَالْحَاكِمُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، لِكَثْرَتِهِمْ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهَا مُمَكِّنَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ مُعَاذٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ أَهْلِ دِينٍ إِلَّا الْمُسْلِمِينَ (٨) ؛ فَإِنَّهُمْ عُذُولٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ ، وَعَلَى غَيْرِهِمْ .

٧٩/١١ و ١٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ / شَهَادَةُ خَصْمٍ ، وَلَا جَارٍ إِلَى نَفْسِهِ ، وَلَا دَافِعٍ عَنْهَا)

أَمَّا الْخَصْمُ ، فَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كُلُّ مَنْ خَاصَمَ فِي حَقٍّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ، وَلَا الْوَصِيُّ فِيمَا هُوَ وَصِيٌّ (١) فِيهِ ، وَلَا الشَّرِيكُ فِيمَا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ ، وَلَا الْمُضَارِبُ بِمَالٍ أَوْ حَقٍّ لِلْمُضَارَبَةِ . وَلَوْ غُصِبَتْ (٢) الْوَدِيعَةُ مِنَ الْمُودِعِ ، وَطَالَ بِهَا ، لَمْ (٣) تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهَا ، وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ بِهِ ، كَالْمَالِكِ . وَالثَّانِي ، الْعَدُوُّ ، فَشَهَادَتُهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى عَدُوِّهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ رَبِيعَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيُرِيدُ بِالْعَدَاوَةِ هَهُنَا الْعَدَاوَةَ الدُّنْيَوِيَّةَ ، مِثْلَ أَنْ يَشْهَدَ الْمَقْدُوفُ عَلَى الْقَادِفِ ،

(٧) سورة النور ٧ .

(٨) انظر : ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة ، في : باب من رد شهادة أهل الذمة ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٣/١ . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ١٥٨/٣ . وعبد الرزاق ، في : باب شهادة أهل الملل بعضهم على بعض ... ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٥٦/٨ ، ٣٥٧ .

(١) في ١ : « موصى » .

(٢) في ١ ، ب ، م ، « غصب » .

(٣) سقط من : الأصل .

والمَقْطُوعُ عليه الطَّرِيقُ على القَاطِعِ ، والمَقْتُولُ وَلِيُّه على القَاتِلِ ، والمَجْرُوحُ على الجَارِحِ ، والزَّوْجُ يَشْهَدُ على امرأته بالزَّنى ، فلا تُقْبَلُ شهادته ؛ لأنه يُقَرُّ على نفسه بعداوته لها^(٤) ، لإفسادها فراشه . فأما العداوة في الدين ، كالمُسلمِ يَشْهَدُ على الكافر ، أو المُحِقِّ من أهل السنة يَشْهَدُ على المُبتدِعِ^(٥) ، فلا تُرَدُّ شهادته ؛ لأنَّ العدالة بالدين ، والدين يُمنعه من ارتكابِ محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تُمنعُ العداوةُ الشَّهادةَ ؛ لأنها لا تُخِلُّ بالعدالة ، فلا تُمنعُ الشَّهادةَ ، كالصَّدَاقَةِ . ولنا ، ما رَوَى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ » . رواه أبو داود^(٦) . الغمْرُ : الحَقْدُ . ولأنَّ العداوة تُورِثُ التُّهْمَةَ . فتُمنعُ الشَّهادةَ ، كالقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ ، وتُخَالِفُ الصَّدَاقَةَ ؛ فإنَّ في شهادة الصَّدِيقِ لصَدِيقِهِ بِالزُّورِ نَفْعٌ غَيْرُهُ بِمَضَرَّةٍ نَفْسِهِ ، وَيَبِيعُ آخِرَتَهُ بِدُنْيَا غَيْرِهِ ، وشهادة العَدُوِّ على عَدُوِّهِ يَقْصِدُ بِهَا نَفْعَ نَفْسِهِ ، بِالتَّشْفِي مِنْ عَدُوِّهِ ، فَافْتَرَقَا . فإن قِيلَ : فَلِمَ قَبِلْتُمْ شهادة المسلمين على الكُفَّارِ مع العداوة ؟ قُلْنَا : العداوة هُنا دِينِيَّةٌ ، والدين لا يَقْتَضِي شهادة الزُّورِ ، ولا أن يترك دينه بِمُوجِبِ دينه .

فصل : فإن شَهِدَ على رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَقَدَفَهُ المشْهُودُ عليه ، / لم تُرَدِّ شهادته بذلك ؛ لأنَّنا لو أَبْطَلْنَا شهادته بهذا لَتِمَكَّنَ كُلُّ مَشْهُودٍ عليه من إِبْطَالِ شهادة الشَّاهِدِ بأن يَقْدِفَهُ ، ويُفَارِقَ مَالُو طَرَأَ الْفِسْقُ بعد أداءِ الشَّهادةِ ، وَقَبْلَ الْحُكْمِ ، فإن رَدَّ الشَّهادةَ فِيهِ لا يُفْضَى إلى ذلك ، بل إلى عَكْسِهِ ، ولأنَّ طَرِيَانَ الْفِسْقِ يُورِثُ تُّهْمَةً في حالِ أداءِ الشَّهادةِ ؛ لأنَّ العادة إِسْرَارُهُ ، فَظُهُورُهُ بعد أداءِ الشَّهادةِ ، يَدُلُّ على أَنَّهُ كان يُسِرُّه حالة أدائها ، وهُنا حَصَلَتْ العداوة بِأَمْرِ لَاتُّهْمَةٍ على الشَّاهِدِ فِيهِ^(٧) . وأما الْمُحَاكَمَةُ في الْأُمُوالِ ، فليست بِعَدَاوَةٍ تُمنعُ الشَّهادةَ في غَيْرِ ما حَاكَمَ فِيهِ . وأما قَوْلُهُ : ولا جَارٌ إلى نَفْسِهِ .^(٨) فإنَّ الجارَّ إلى نَفْسِهِ^(٩) هو

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ ، ب ، م : « مبتدع » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ . وورد بنصه في : صفحة ١٥٢ .

(٧) في الأصل ، ١ ، ب : « فيها » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

الذى يَنْتَفَعُ بشهادته ، وَيَجْرُإِليه بها نَفْعًا ؛ كَشَهَادَةِ الْغُرَمَاءِ لِلْمُفْلِسِ بِدَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ ،
 وشهادتهم للميّت بدَيْنٍ أَوْ مَالٍ ، فَإِنَّهُ لَوْ ثَبَتَ لِلْمُفْلِسِ أَوْ الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ مَالٌ ، تَعَلَّقَتْ
 حقوقهم به ، وَيُفَارِقُ مَالُو شَهْدَةِ الْغُرَمَاءِ لِحُجٍّ لَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِمَالٍ ، فَإِنْ شَهِدَتْهُمْ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ
 حَقَّهُمْ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِدَمَتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : إِذَا كَانَ مُعْصِرًا سَقَطَتْ عَنْهُ
 الْمُطَالَبَةُ ، فَإِذَا شَهِدَ لَهُ بِمَالٍ ، مَلَكَامُطَالَبَتَهُ ، فَجَرُّوْا إِلَى أَنْفُسِهِمْ نَفْعًا . قُلْنَا : لَمْ تُثَبِّتْ
 الْمُطَالَبَةُ بِشَهَادَتِهِمْ ، إِنَّمَا تُثَبِّتُ بِيَسَارِهِ وَإِقْرَارِهِ ؛ لِدَعْوَاهُ^(٩) الْحَقُّ الَّذِي شَهِدَ بِهِ . وَلَا تُقْبَلُ
 شَهَادَةُ الْوَارِثِ لِلْمَمُورِثِ بِالْجَرَجِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَسْرِي الْجَرَجُ إِلَى نَفْسِهِ ،
 فَتَجِبُ الدِّيَّةُ لَهُمْ بِشَهَادَتِهِمْ . وَلَا شَهَادَةُ الشَّفِيعِ بِنَيْبِ شِقْصٍ لَهُ فِيهِ الشُّفْعَةُ . وَلَا شَهَادَةُ
 السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، وَلَا لِمُكَائِبِهِ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَجِيرِ
 لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ . وَقَالَ : نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ قَبِلْتُمْ شَهَادَةَ الْوَارِثِ لِمَمُورِثِهِ ،
 مَعَ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرَثَتُهُ ، فَقَدْ جَرَّ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا ؟ قُلْنَا : لَا حَقٌّ لَهُ فِي مَالِهِ حِينَ
 الشُّهُادَةِ ، وَإِنَّمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ حَقٌّ ، وَهَذَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشُّهُادَةِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ لَامْرَأَةٍ
 يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، أَوْ لِعَرِيمٍ لَهُ بِمَالٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْفِقَهُ مِنْهُ ، أَوْ يُفْلِسَ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ ،
 وَإِنَّمَا الْمَانِعُ مَا يَحْصُلُ لِلشَّاهِدِ^(١٠) بِهِ نَفْعٌ حَالِ الشُّهُادَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ مَنَعْتُمْ قَبُولَ شَهَادَتِهِ
 لِمَمُورِثِهِ بِالْجَرَجِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؛ / لَجَوَازِ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ حَقٌّ ،^(١١) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقٌّ^(١٢) فِي
 الْحَالِ ، فَإِنْ^(١٣) قُلْتُمْ : قَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ حَقِّهِ . قُلْنَا : يَبْطُلُ بِالشَّاهِدِ لِمَمُورِثِهِ الْمَرِيضِيِّ بِحَقٍّ ،
 فَإِنْ شَهِدَتْهُ تُقْبَلُ مَعَ انْعِقَادِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِهِ ؛ بِدَلِيلِ أَنْ عَطِيَّتَهُ لَهُ^(١٤) لَا تَنْفُذُ ، وَعَطِيَّتُهُ لغيرِهِ
 تَقْفُ عَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الثَّلَاثِ . قُلْنَا : إِنَّمَا مَنَعْنَا الشُّهُادَةَ لِمَمُورِثِهِ^(١٥) بِالْجَرَجِ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا
 أَفْضَى إِلَى الْمَوْتِ ، فَتَجِبُ الدِّيَّةُ لِلْوَارِثِ الشَّاهِدِ بِهِ ابْتِدَاءً ، فَيَكُونُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ ،

٨٠/١١

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لِدَعْوَةٍ » .

(١٠) فِي م : « بِالشَّاهِدِ » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٢) فِي ب : « فَلَمْ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٤) فِي ب ، م : « لِمَمُورِثِهِ » .

موجباً له بها حقاً ابتداءً ، بخلاف الشاهد للمريض أو المخروج بمال ، فإنه إنما يجب للمشهد له ، ثم يجوز أن ينتقل ، ويجوز أن لا ينتقل ، فلم يمنع الشهادة له ، كالشهادة لعريمه . فإن قيل : فقد أجزئتم شهادة العريم لعريمه بالجرّج قبل الاندمال ، كما أجزئتم شهادته له بالمال^(١٥) ؟ قلنا : إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداءً ، إنما تجب للقتيل ، أو لورثته ، ثم يستوفى العريم منها ، فأشبهت الشهادة له^(١٦) بالمال . وأما الدافع عن نفسه ، فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرّج الشهود ، أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرّج الشهود الذين شهدوا به ، لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم . فإن كان الشاهدان بالجرّج فقيرين ، احتمل قبول شهادتهما ؛ لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية ، واحتمل أن لا تقبل ؛ لأنه يخاف أن يوسراً قبل الحول . فيحمل^(١٧) . وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل^(١٨) لبعده ، فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول ، فيحمل . ولا تقبل شهادة الضامن للمضمن عنه^(١٩) بقضاء الحق ، أو الإبراء منه . ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفيعته ؛ لأنه يوفر الحق على نفسه . ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه ، أو استيفائه . ولا بعض من أوصى له بمال على آخر ، بما يبطل وصيته ، إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته ؛ لما لضيق الثلث عنهما ، أو لكون الوصيتين بمعين . فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه ؛ لأن الشاهد به متهم ؛ لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ، ودفع الضرر عنها ، فيكون شاهد النفس . وقد قال الزهرى : مضت السنة في الإسلام ، أن لا تجوز شهادة خصم ، ولا ظنين . والظنين : المتهم . وروى طلحة / بن عبد الله بن عوف ، قال : قضى رسول الله ﷺ ، أن لا شهادة لخصم ، ولا ظنين^(٢٠) . وممن ردّ شهادة الشريك لشريكه شريح ، والنخعي ،

(١٥) في ب ، م : « بماله » .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) في الأصل : « فيحملان » .

(١٨) في الأصل : « يحتمل » .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب لا تقبل شهادة خائن ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢٠١/١٠ . وعبد

الرزاق ، في : باب لا يقبل منهم ... ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٢٠/٨ .

وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . (٢١) وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا (٢١) .

فصل : وإن شهد الشريك لشريكه ، في غير ما هو شريك فيه ، أو الوكيل لموكله ، في غير ما هو وكيل فيه ، أو العدو لعدوه ، أو الوارث لموروثه بمال ، أو بالجرح بعد الاندمال ، أو شهد أحد الشفيعين ، بعد أن أسقط شفيعته على الآخر ، بإسقاط شفيعته ، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر ، بما يسقط وصيته ، أو كانت إحدى الوصيتين لا نزارحم (٢٢) الأخرى ، ونحو ذلك مما لا تهمته فيه ، قيلت ؛ لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق ، والمانع منتفٍ فوجب قبولها ، عملاً بالمقتضى .

١٨٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُعْرِفُ (١) بِكَثْرَةِ غَلَطِهِ وَالْعَفْلَةِ)

وجملته أنه يُعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله ؛ لتحصل غلبة الظن بصدقه ، ولذلك اعتبرنا العدالة ، ومن يكثر غلطه وتغفله ، لا يؤثق بقوله ؛ لاحتمال أن يكون من غلطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه ، أو لغير من شهد له ، أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلاً ، فربما استزله الخصم بغير شهادته ، فلا تحصل الثقة بقوله . ولا يمنع من (٢) الشهادة وجود غلط نادر ، أو غفلة نادرة ؛ لأن أحدًا لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة ، لانسد بابها ، فاعتبرنا الكثرة في المنع ، كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة .

١٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (وَتُجْوزُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى ، إِذَا تَيَقَّنَ الصَّوْتُ)

رَوَى هَذَا عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

(٢١-٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ ، ب زيادة : « بها » .

(١) في ١ : « عرف » .

(٢) في الأصل : « عن » .

والشَّافِعِيُّ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّحْمِيِّ ، وَأَبَى هَاشِمٍ ، وَاخْتَلَفَ فِيهِ ^(١) عَنِ ^(٢) الْحَسَنِ ، وَإِبَاسٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَأَجَازَ الشَّافِعِيُّ شَهَادَتَهُ بِالِاسْتِفَاضَةِ وَالتَّرْجَمَةِ ، وَإِذَا أَقْرَعَ عِنْدَ أَذْنِهِ وَيَدُ الْأَعْمَى عَلَى رَأْسِهِ ، ثُمَّ ضَبَطَهُ حَتَّى حَضَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُجْزَها فِي غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْأَفْعَالِ ، لَا تَجُوزُ عَلَى الْأَقْوَالِ ، كَالصَّبِيِّ ، وَلِأَنَّ الْأَصْوَاتَ تَشْتَبِهُ ، فَلَا يَحْصُلُ الْيَقِينُ ، فَلَمْ يُجْزَ أَنْ / يَشْهَدَ بِهَا ، كَالخَطِّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ ^(٣) . وَسَائِرُ الْآيَاتِ فِي الشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّهُ رَجُلٌ عَدْلٌ مَقْبُولُ الرَّوَايَةِ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، كَالْبَصِيرِ ، وَفَارَقَ الصَّبِيَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِرَجُلٍ وَلَا عَدْلٍ وَلَا مَقْبُولُ الرَّوَايَةِ ، وَلِأَنَّ السَّمْعَ أَحَدُ الْحَوَاسِّ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا الْيَقِينُ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مِنَ الْفَهْمِ الْأَعْمَى ، وَكَثُرَتْ صُحْبَتُهُ لَهُ ، وَعَرَفَ صَوْتَهُ يَقِينًا ، فَيَجِبُ أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ فِيمَا تَيَقَّنَهُ ، كَالْبَصِيرِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِنْكَارِ حُصُولِ الْيَقِينِ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ . قَالَ قَتَادَةُ : لِلْسَّمْعِ قِيَافَةٌ كَقِيَافَةِ الْبَصَرِ . وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا يَثْبُتُ بِالِاسْتِفَاضَةِ ، وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَهُمْ حَتَّى يَسْمَعَهَا مِنْ عَدْلَيْنِ ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَعْرِفَهُمَا حَتَّى يَعْرِفَ عَدْلَتَهُمَا ، فَإِذَا صَحَّ أَنْ يَعْرِفَ الشَّاهِدَيْنِ ، صَحَّ أَنْ يَعْرِفَ الْمُقَرَّرَ . وَلَا خِلَافَ فِي قَبُولِ رِوَايَتِهِ ، وَجَوَازِ اسْتِمَاعِهِ مِنْ زَوْجَتِهِ إِذَا عَرَفَ صَوْتَهَا ، وَصِحَّةَ قَبُولِهِ لِلنِّكَاحِ ^(٤) ، وَجَوَازِ اشْتِبَاهِ ^(٥) الْأَصْوَاتِ ، كَجَوَازِ اشْتِبَاهِ الصُّوَرِ ، وَفَارَقَ الْأَفْعَالِ ؛ فَإِنَّ مَذْرَكَهَا الرَّوْيَةَ ، وَهِيَ غَيْرُ مُمَكِّنَةٍ مِنَ الْأَعْمَى ، وَالْأَقْوَالِ مَذْرَكُهَا السَّمْعُ ، وَهُوَ يُشَارِكُ ^(٦) الْبَصِيرَ فِيهِ ، وَرَبَّمَا زَادَ عَلَيْهِ ، وَيُفَارِقُ الْخَطَّ ، فَإِنَّهُ لَوْ تَيَقَّنَ مَنْ كَتَبَ الْخَطَّ ، أَوْ رَأَاهُ وَهُوَ يَكْتُبُهُ ، لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا كَتَبَ فِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا إِذَا تَيَقَّنَ الصَّوْتَ ، وَعَلِمَ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ يَقِينًا . فَإِنْ جَوَّزَ أَنْ يَكُونَ صَوْتُ غَيْرِهِ ، لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَ عَلَى الْبَصِيرِ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَعْرِفْهُ .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : أ .

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٤) في م : النكاح .

(٥) في الأصل : الاشتباه في .

(٦) في أ : مشارك .

فصل : فَإِنْ تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ عَلَى فِعْلٍ ، ثُمَّ عَمِيَ ، جاز أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، إِذَا عَرَفَ المشهودَ عليه بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا تجوزُ شهادته أصلاً ؛ لأنه لا يجوزُ أَنْ يكونَ حاكماً . ولنا ، ما تقدَّم ؛ ولأنَّ العَمَى فَقْدُ حَاسَةٍ لَا تُخْلُ بالتَّكْلِيفِ ، فلم يَمْنَعْ قَبُولُ الشَّهَادَةِ كَالصَّمِّ ، ويُفَارِقُ الحُكْمَ ، فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهُ مِنْ شُرُوطِ الكَمالِ ما لَا يُعْتَبَرُ للشَّهَادَةِ ، ولذلك يُعْتَبَرُ لَهُ السَّمْعُ والاجْتِهَادُ وغيرُهما ، فَإِنْ لم يَعْرِفَ المشهودَ عليه / بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، لَكِنْ تَيَقَّنَ صَوْتَهُ ؛ لكَثْرَةِ الْفِئَةِ لَهُ ، صَحَّ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ أَيْضاً ؛ لما ذكرنا في أوَّلِ المسألة . وإنْ شَهِدَ عندَ الحاكِمِ ، ثُمَّ عَمِيَ قَبْلَ الحُكْمِ بِشهادته ، جاز الحُكْمُ بِهَا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، ومُحمَّد . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ الحُكْمُ بِهَا ؛ لأنه مَعْنَى يَمْنَعُ قَبُولُ الشَّهَادَةِ مع صِحَّةِ النُّطْقِ ، فَمَنْعَ الحُكْمِ بِهَا ، كالفِسْقِ . ولنا ، أَنَّهُ مَعْنَى طَرَأَ بَعْدَ ادِّاءِ الشَّهَادَةِ ، لَا يُوْرِثُ تَهْمَةً فِي حَالِ الشَّهَادَةِ ، ^(٧) فلم يَمْنَعْ قَبُولُهَا كالمَوْتِ ، وفَارَقَ الفِسْقَ ؛ فَإِنَّهُ يُوْرِثُ تَهْمَةً حَالَ الشَّهَادَةِ ^(٨) .

فصل : وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَخْرَسِ بِحَالٍ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَخْرَسِ . قِيلَ لَهُ : وَإِنْ كَتَبَهَا ؟ قَالَ : لَا أَدْرِي . وهذا قولُ أصحابِ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : تُقْبَلُ إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَقُومُ مَقَامَ نُطْقِهِ فِي أَحْكَامِهِ ، مِنْ طَلَاقِهِ ، وَنِكَاحِهِ ، وَظَهَارِهِ ، وَإِيْلَائِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي شَهَادَتِهِ . واستدلَّ ابنُ المُنْذِرِ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَشَارَ وَهُوَ جَالِسٌ فِي الصَّلَاةِ إِلَى النَّاسِ وَهُمْ قِيَامٌ ، أَنْ اجْلِسُوا . فَجَلَسُوا ^(٩) . ولنا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ بِالْإِشَارَةِ ، فلم تُجْزَ ، كإِشَارَةِ النَّاطِقِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْيَقِينُ ، وَلِذَلِكَ لَا يُكْتَفَى بِإِيمَاءِ النَّاطِقِ ، وَلَا يَحْصُلُ الْيَقِينُ بِالْإِشَارَةِ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى ^(١٠) بِإِشَارَتِهِ فِي أَحْكَامِهِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِ لِلضَّرُورَةِ ، وَلَا ضَرُورَةَ هُنَا ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزَ أَنْ يَكُونَ حَاكِمًا ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يُمَضَى حُكْمُهُ إِذَا وَجَدَ حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَهُ ، وَالشَّاهِدُ لَا يَشْهَدُ بِرُؤْيَةِ خَطِّهِ ، فَلِئَلَّا يَحْكُمَ بِخَطِّ غَيْرِهِ أَوَّلَى . وما استدلَّ بِهِ ابنُ المُنْذِرِ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ،

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٨/٣ .

(٩) في ب : « يكتفى » .

وعَمِلَ بِإِشَارَتِهِ فِي الصَّلَاةِ . وَلَوْ شَهِدَ النَّاطِقُ بِالْإِيمَاءِ وَالْإِشَارَةِ ، لَمْ يَصِحَّ إِجْمَاعًا ، / فَعُلِمَ ٨٢/١١
أَنَّ الشَّهَادَةَ مُفَارِقَةٌ لغيرها من الأحكام .

١٨٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلَوْا ، لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، لَهُمَا وَإِنْ عَلَوْا)

ظاهر المذهب أَنَّ شهادةَ الوالدِ لولده لا تُقْبَلُ ، ولا لولده لوالده ، وإن سَفَلَ ، وسواءٌ في ذلك وَلَدُ الْبَيْنِ وولَدُ الْبَنَاتِ . ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لوالده ، ولا لوالدته ، ولا جَدَّهُ ، ولا جَدَّتُهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَإِنْ عَلَوْا ، وسواءٌ في ذلك الْآبَاءُ وَالْأُمَّهَاتُ ، وَأَبَاؤُهُمَا وَأُمّهَاتُهُمَا . وبه قال شَرِيحُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ^(١) ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً ثَانِيَةً ، تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ مَالَ ^(٢) الْإِبْنِ فِي حُكْمِ مَالِ الْأَبِ ، لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَه إِذَا شَاءَ ، فَشَهَادَتُهُ لَهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ ، أَوْ يَجُزُّ بِهَا لِنَفْسِهِ نَفْعًا . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ^(٣) . وَقَالَ : « إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ أَوْلَادُكُمْ مِنْ أَطِيبٍ كَسَبَكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » ^(٤) . وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِي شَهَادَةِ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ . وَعَنْهُ ، رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، تُقْبَلُ شَهَادَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، فِي مَا لَا تُثَمِّمُهُ فِيهِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْقِصَاصِ ، وَالْمَالِ إِذَا كَانَ مُسْتَعْنًى عَنْهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَنْتَفِعُ بِمَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَا تُثَمِّمُهُ فِي حَقِّهِ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ مَقْبُولَةٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ ^(٥) . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمُزْنِيُّ ، وَدَاوُدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَاتِ ، وَلِأَنَّهُ عَدْلٌ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَنَا ، مَا رَوَى

(١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٣/٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٣/٨ .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة الأخ لأخيه ،... من كتاب الشهادات . المصنف ٣٤٤/٨ .

٨٢/١١ ظ الزُّهْرِيُّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عائِشَةَ ، / عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أُخِيهِ ، وَلَا ظَنَيْنٍ فِي قَرَابَةٍ وَلَا وَلَائٍ » ^(٦) . وَالظَّنَيْنِ : الْمُتَّهَمُ ، وَالْأَبُ يُتَّهَمُ لَوْلَدِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ كِمَالِهِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَأنَّ بَيْنَهُمَا بَعْضِيَّةٌ ، فَكَأَنَّهُ يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ ، وَلِهَذَا قَالَ ﷺ : « فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي ، يَرِيئُنِي مَا رَأَيْهَا » ^(٧) . وَلأنَّه مُتَّهَمٌ فِي الشَّهَادَةِ لَوْلَدِهِ ، كُتِّهِمَةِ الْعَدُوِّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى عَدُوِّهِ ، وَالْخَبَرُ أَخْصَصُ مِنَ الْآيَاتِ ، فَتُخَصَّصُ بِهِ .

فصل : فَأَمَّا شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، فَتُقْبَلُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَمْ أَجِدْ ^(٨) فِي « الْجَامِعِ » فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ ^(٩) . فَأَمَرَ بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِمْ ، وَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ لَمَّا أَمَرَ بِهَا ، وَلَأنَّهَا إِنَّمَا رُدَّتْ ^(١٠) لِلتَّهْمَةِ فِي إِيصَالِ النَّفْعِ ، وَلَا تَهْمَةٌ فِي شَهَادَتِهِ عَلَيْهِ ، فَجَبَّ أَنْ تُقْبَلَ ، كَشَهَادَةِ الْأَجْنَبِيِّ ، بَلْ أَوْلَى ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ لِنَفْسِهِ لَمَّا رُدَّتْ لِلتَّهْمَةِ فِي إِيصَالِ النَّفْعِ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا ^(١١) مَقْبُولًا . وَحَكَى الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ شَهَادَةَ أَحَدِهِمَا لَا تُقْبَلُ عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ ، فَلَا تُقْبَلُ عَلَيْهِ ، كَالْفَاسِقِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ فِي قِصَاصٍ ، وَلَا حَدِّ قَذْفٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، وَلَا يُحَدُّ بِقَذْفِهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلَأنَّه ^(١٢) يُتَّهَمُ لَهُ وَلَا ^(١٣) يُتَّهَمُ عَلَيْهِ ، فَشَهَادَتُهُ عَلَيْهِ أُبْلِغُ فِي الصَّدَقِ ، كإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ بَطْلَاقَ ضَرَّةٍ أُمِّهِمَا ، أَوْ قَذْفٍ ^(١٤) زَوْجَهَا لَهَا ، قُبِلَتْ

(٦) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥٢ .

(٧) تقدم تخريجه ، في : ٢٨ ، ٢٧/١١ .

(٨) في ١ ، ب ، م زيادة : « عن أحمد » .

(٩) سورة النساء ١٣٥ .

(١٠) في الأصل ، زيادة : « له » .

(١١) في ب ، م : « عليه » .

(١٢-١٣) سقط من : ١ .

(١٣) في ب ، م : « وقذف » .

شهادتهما ؛ لأنَّ حقَّ أمهما لا يزداد به ، وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيًا ، وتوفير الميراث لا يمنع^(١٤) قبول الشهادة ؛ بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

فصل : وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاة ، وأبيه منها^(١٥) ، وسائر أقرابه منها^(١٥) ؛ لأنه^(١٦) لا نسب / بينهما أوجب^(١٧) الإنفاق ، والصلة ، وعق أحدهما على صاحبه ، وتبسطه في ماله ، بخلاف قرابة النسب .

١٨٩٧ - مسألة : قال : (وَلَا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ ، وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ)

أما شهادة السيد لعبده ، فغير مقبولة ؛ لأنَّ مالَ العبد لسيدِّه ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبي ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(١) . ولا نعلم في هذا خلافاً . ولا تُقبلُ شهادته له أيضاً بنكاح ، ولا لأُمِّته بطلاق ؛ لأنَّ في طلاق أمِّته تخليصها له ، وإباحة بضعتها^(٢) له ، وفي نكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تُقبلُ شهادة العبد لسيدِّه ؛ لأنه^(٣) يتبسَّط في مال سيِّده ، ويتنفع به ، ويتصرف فيه^(٤) ، وتجب نفقته منه ، ولا يُقطع بسرقة ، فلا تُقبلُ شهادته له ، كالابن مع أبيه .

١٨٩٨ - مسألة : قال : (وَلَا الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا)

وبهذا قال الشعبي^(١) ، والنخعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو حنيفة . وأجاز شهادة كلِّ

(١٤) سقط من : الأصل

(١٥) في الأصل ، ب : « منها » .

(١٦) في م زيادة : « أقرابه » .

(١٧) في النسخ : « وجب » .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢١/٦ .

(٢) في ب ، م : « بعضها » .

(٣) في الأصل زيادة : « لا » .

(٤) سقط من : ١ .

(١) في ب ، م : « الشافعي » .

واحدٍ منهما لصاحبه شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ؛ لأنه عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ ، فلا يَمْنَعُ قَبُولُ الشَّهَادَةِ ، كَالِإِجَارَةِ . وعن أحمد ، روايةٌ أُخْرَى ، كَقَوْلِهِمْ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى : تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لَامْرَأَتِهِ ؛ لأنه لَا تُهْمَةُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسَارُهُ وَزِيَادَةُ حَقِّهَا مِنَ التَّفَقُّهِ ، تُحْصَلُ بِشَهَادَتِهَا لَهُ بِالْمَالِ ^(١) ، فَهِيَ مُتَّهَمَةٌ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرِثُ الْآخَرَ مِنْ غَيْرِ حَاجِبٍ ، وَيَنْسِطُ فِي مَالِهِ عَادَةً ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَالابْنِ مَعَ أَبِيهِ ؛ وَلَئِنْ يَسَارَ الرَّجُلُ يَزِيدُ تَفَقُّهُ أَمْرَاتِهِ ، وَيَسَارُ الْمَرْأَةُ تَزِيدُ بِهِ قِيَمَةَ بُضْعِهَا ^(٢) الْمَمْلُوكَ لِرُؤُوسِهَا ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِشَهَادَتِهِ لِصَاحِبِهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَتِهِ لِنَفْسِهِ . وَيُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ مَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُضَافُ إِلَى الْآخَرِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ ^(٣) . وقال : ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ ﴾ ^(٤) . فَأُضَافَ / الْبُيُوتُ إِلَى تَارَةٍ ، وَإِلَى النَّبِيِّ ﷺ أُخْرَى ، وقال : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ ^(٥) . وقال عُمَرُ ، لِلَّذِي قَالَ لَهُ : إِنَّ ^(٦) غُلَامِي سَرَقَ مِرْآةَ امْرَأَتِي : لَا قَطْعَ عَلَيْهِ ، عَبْدُكُمْ سَرَقَ مَا لَكُمْ ^(٧) . وَيُفَارِقُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مِنْ هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا .

١٨٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَشَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ جَائِزَةٌ)

قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ شَهَادَةَ الْأَخِ لِأَخِيهِ جَائِزَةٌ . رَوَى هَذَا عَنِ ابْنِ الزُّبَيْرِ ^(١) . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ الْمُنْذِرِ ، عَنِ الثَّوْرِيِّ ، أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ . وَعَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بِمَالٍ » .

(٣) فِي ب ، م : « بَعْضُهَا » .

(٤) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٣٣ .

(٥) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٥٣ .

(٦) سُورَةُ الطَّلَاقِ ١ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) تَقْدِمُ فِي : ٤٥٩/١٢ .

(٩) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ الْأَخِ لِأَخِيهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٣٤٣/٨ .

شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه في صلاته وبرّه ؛ لأنه متهّم في حقه . وقال ابن المُنْذِرِ : قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب ، وتجوز في الحقوق . ولنا ، عموم الآيات ، ولأنه عدلٌ غير متهّم ، فتقبل شهادته له ، كالأجنبي ، ولا يصحّ القياس على الوالد والولد ؛ لأنّ بينهما بعضيّة قرابة قويّة ، بخلاف الأخ .

فصل : وشهادة العم وابنه ، والخال وابنه ، وسائر الأقارب ، أولى بالجواز ؛ فإنّ شهادة الأخ إذا أُجيزت مع قربه ، كان تنبيهاً على شهادة من هو أبعد منه ، بطريق الأولى .

فصل : وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه ، في قول عامة العلماء ، إلا مالكا ، قال : لا تقبل شهادة الصديق المُلَاطِف ؛ لأنه يجزئ إلى نفسه نفعا بها ، فهو متهّم ، فلم تقبل شهادته ، كشهادة العدو على عدوه . ولنا ، عموم أدلة الشهادة ، وما قاله يَظُلُّ بشهادة^(٢) العَرِيم للمدين قبل الحجر ، وإن كان رُبما قضاؤه دينه منه ، فجزّ إلى نفسه نفعا أعظم مما يترجى هُنا بين الصديقين . فأما العداوة ، فسببها محصور^(٣) ، وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه ، فخالفت الصداقة .

١٩٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْعَبْدِ فِي / كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْأُمَةِ فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛

أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ، فالذهب أنها مقبولة . روى ذلك عن عليّ ، وأنس ، رضي الله عنهما . قال أنس : ما علمتُ أن أحدا ردّ شهادة العبد . وبه قال عروة ، وشريح ، وإياس ، وابن سيرين ، والبتّي ، وأبو ثور ، وداود^(١) ، وابن المُنْذِرِ . وقال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو عبيد : لا تقبل شهادته ؛ لأنه غير ذى مروءة ، ولأنها مبنيّة على

(٢) في النسخ : « شهادة » . والتصحيح من : الشرح الكبير ٢٧٩/٦ .

(٣) في ١ ، ب ، م : « محذور » .

(١) سقط من ١ : .

الكمال لا تتبعض ، فلم يدخل فيها العبد ، كالميراث . وقال الشعبي ، والنخعي ،
والحكم : تُقبل في الشيء اليسير . ولنا ، عموم آيات الشهادة ، وهو داخل فيها ، فإنه من
رجالنا ، وهو عدل تُقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عتبة بن الحارث ، قال :
تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما .
فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « كيف ، وقد زعمت ذلك ؟ » . متفق
عليه^(٢) . وفي رواية أبي داود ، فقلت : يا رسول الله ، إنها كاذبة . قال : « وما يدريك ،
وقد قالت ما قالت ، دعها عنك » . ولأنه عدل غير مُتهم ، فتقبل شهادته ، كالحر . ولا
نسلم أنه غير ذي مروءة ، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة ، ومن لا مروءة له ، وقد يكون
منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأثقياء . سئل إياس بن معاوية ، عن شهادة العبد^(٣) ،
فقال : أنا أurd شهادة عبد العزيز بن صهيب^(٤) ! وكان منهم زياد مولى^(٥) ابن عباس^(٥) ، من
العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ، ويكرمه . ومنهم عكرمة مولى ابن
عباس ، أحد العلماء الثقات . وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيدا ، أو أبناء عبيد ، لم
يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تُغير طبعاً ، ولا تُحدث علماً ،^(٦) ولا ديناً^(٦) ،
ولا مروءة ، ولا يُقبل منهم إلا من كان ذا مروءة . ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ،
^(٧) فإن الميراث^(٧) خلافة للموروث في ماله وحقوقه ، والعبد لا يمكنه الخلافة ؛ لأن ما
يصير إليه يملكه سيده ، فلا يمكن أن يخلف فيه^(٨) ، ولأن الميراث يقتضي التملك ،
والعبد لا يملك ، ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق ، وحصول الثقة من
القول ، والعبد أهل لذلك ، فوجب أن تُقبل شهادته .

٨٤/١١ ظ

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣١٠/١١ .

(٣) في م : « العبد » .

(٤) البناني مولايم ، البصري الأعمى ، ثقة ، توفي سنة ثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٥-٥) في الأصل : « مولى ابن أبي عياش » . وفي م : « مولى ابن عباس » . وهو زياد بن أبي زياد ميسرة الخزومي ، مولى
عبد الله بن عياش ، ثقة ، عابد ، زاهد ، توفي سنة خمس وثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٣/٣٦٧ ، ٣٦٨ .

(٦-٦) سقط من : م .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(٨) في م زيادة : « الميراث » .

الفصل الثاني : أنَّ شهادته لا تُقبَّل في الحَدِّ ، وفي القصاصِ احتمالان ؛ أحدهما ، تُقبَّل شهادته فيه ؛ لأنَّه حقُّ آدميٍّ ، لا يصحُّ الرجوعُ عن الإقرارِ به ، فأشبهَ الأموال . والثاني ، لا تُقبَّل ؛ لأنَّه عُقوبةٌ بدنيةٌ تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، فأشبهَ الحدودَ^(٩) . وذكر الشَّريفُ ، وأبو الخطَّابُ ، في العقوباتِ كُلِّهما من الحدودِ والقصاصِ روايتين ؛ إحداهما ، تُقبَّل ؛ لما ذكرنا ، ولأنَّه رجلٌ عدلٌ ، فتُقبَّل شهادته فيها ، كالحرِّ . والثانية ، لا تُقبَّل . وهو ظاهرُ المذهبِ ؛ لأنَّ الاختلافَ في قبولِ شهادته في الأموالِ نقصٌ وشبهةٌ ، فلم تُقبَّل شهادته^(١٠) فيما يُدْرَأُ^(١١) بالشُّبُهاتِ ؛ ولأنَّه ناقصُ الحالِ ، فلم تُقبَّل شهادته^(١٢) في الحَدِّ والقصاصِ ، كالمرأة .

الفصل الثالث : أنَّ^(١٣) شهادةَ الأمةِ جائزةٌ فيما تجوزُ فيه شهادةُ النساءِ ؛ لأنَّ النساءَ لا تُقبَّل شهادتهنَّ في الحدودِ والقصاصِ ، وإنَّما تُقبَّل في المالِ أو شبيهه^(١٤) ، والأمةُ كالحرَّةِ فيما عداهما ، فسأوتُهنَّ في الشهادةِ ، وقد دلَّ عليه حديثُ عُقبةَ بنِ الحارثِ^(١٥) .

فصل : وحُكْمُ المكاتبِ والمُدَبِّرِ وأُمِّ الولدِ والمُعْتَقِ بعضُه ، حُكْمُ القِنِّ ، فيما ذكرنا ؛ لأنَّ الرِّقَّ فيهم ، وقد روى عن عُمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا تجوزُ شهادةُ المُكاتبِ . وبه قال عطاءُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ . ولنا ، ما ذكرناه في العبدِ ، وإذا ثبتَ الحُكْمُ في القِنِّ ، / ففي هؤلاءِ أولى ؛ لأنَّهم أكملُ منه ، لوجودِ أسبابِ الحرِّيةِ فيهم .

٨٥/١١ و

١٩٠١ - مسألة ؛ قال : (وَشَهَادَةُ وَلَدِ الزَّوْنِي جَائِزَةٌ ، فِي الزَّوْنِي وَغَيْرِهِ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عطاءُ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه . وقال مالِكٌ ، والليثُ : لا تجوزُ شهادته في الزَّوْنِي وحده ؛ لأنَّه متَّهمٌ ، فإنَّ العادةَ في مَنْ فعلَ قبيحًا ، أنَّه يُحبُّ أن

(٩) في ا ، ب ، م : « الحد » .

(١٠-١٠) سقط من : ا . نقل نظر .

(١١) في ب : « يندرى » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في النسخ : « سبه » . وانظر : الشرح الكبير ٢٧٤/٦ .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٠/١١ .

يكون له نُظْرَاءٌ . وحكى عن عثمان ، أنه قال : ودَّتِ الزَّانِيَةُ أَنْ النِّسَاءَ كُلَّهُنَّ زَنَيْنَ . ولنا ، عمومُ الآياتِ ، وأنه عدلٌ مقبولُ الشهادة في غير الزَّنى ، فيقبلُ ^(١) في الزَّنى كغيره ، ومن قبلتْ شهادته في القتل ، قبلتْ في الزَّنى ، كولد الرُّشدة ^(٢) . قال ابنُ المُنْذِرِ : وما احتجُّوا به غلطٌ من وجوه ؛ أحدها ، أن ولد الزَّنى لم يفعلْ فعلاً قبيحاً ، يحبُّ أن يكون له نُظْرَاءٌ فيه . والثاني ، أني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه ، وأشبهُ ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه ^(٣) ، وغير جائز أن يُطلقَ عثمانُ كلاماً بالظنِّ عن ضمير امرأة لم يسمَعْها تذكُّره . الثالث ، أن الزَّانِي لو تاب ، لقبِلتْ شهادته ، وهو الذي فعلَ الفعلَ القبيحَ ، فإذا قبلتْ شهادته مع ما ذكروه ، فغيره أولى ؛ فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره ^(٤) أكثر ممَّا لزمه ، ولا ^(٥) يتعدَّى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه ، مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره ^(٦) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٧) . وولد الزَّنى لم يفعلْ شيئاً يستوجبُ به حكماً .

١٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَابَ الْقَاذِفُ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ)

وجملته أن القاذِفَ إن كان زَوْجاً ، فحقَّقَ قَذْفَهُ بَيِّنَةً أَوْ لِعَانٍ ، أو كان أجنبيًّا ، فحقَّقه بالبيِّنَةِ أو بإقرارِ المَقْدُوفِ ، لم يتعلَّقْ بقَذْفِهِ فسقٌ ، ولا حَدٌّ ، ولا زُدَّ شهادته ، وإن لم يُحقَّقْ ^(١) قَذْفَهُ بشيءٍ من ذلك ، تعلَّقَ به وجوبُ الحدِّ عليه ، والحكمُ بفسقه ، وردَّ ^{٨٥/١١} شهادته / ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٢) . فإن تاب ، لم يسقط عنه الحدُّ ، وزالَّ الفسقُ ، بلا خلافٍ . وتقبلُ شهادته عندنا . وروى

(١) في الأصل ، م : « فقبل » .

(٢) في م : « الرشيدة » .

(٣) سقط من : أ ، ب .

(٤ - ٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥) في م : « وما » .

(٦) سورة الإسراء ١٥ .

(٧) في أ : « يتحقق » .

(٨) سورة النور ٤ .

ذلك عن عُمر ، وأبي الدرداء ، وابن عباس^(٣) . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ،
والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعبدُ الله بنُ عُتبة ، وجعفرُ بنُ أبي ثابت ، وأبو الزناد ، ومالك ،
والشَّافِعِيُّ ، والبيهقي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابنُ المنذر . وذكره ابنُ عبد البر ، عن يحيى
ابن سعيد ، وربيعة . وقال شريح ، والحسن ، والنَّحَّعِيُّ ، وسعيدُ بنُ جبَّير ، والثوري ،
وأصحابُ الرأي : لا تُقبلُ شهادته إذا جلد ، وإن تاب . وعند أبي حنيفة ، لا تُردُّ شهادته
قبل الجلد ، وإن لم يتب . فالخلافُ معه في فصلين ؛ أحدهما ، أنَّه عندنا تسقطُ شهادته
بالقذف^(٤) إذا لم يُحَقِّقه^(٥) ، وعند أبي حنيفة ومالك ، لا تسقطُ إلا بالجلد . والثاني ، أنَّه إذا
تاب ، قبلتْ شهادته وإن جلد . وعند أبي حنيفة ، لا تُقبلُ . وتعلَّق بقول الله تعالى :
﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ . وروى ابنُ ماجه^(٦) ، بإسناده عن عمرو بن شعيب ،
عن أبيه ، عن جدِّه ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَائِنٍ ، وَلَا مَحْدُودٍ
فِي الْإِسْلَامِ » . واحتجَّ في الفصل الآخر بأنَّ القذفَ قبلَ حصولِ الجلدِ يجوزُ أن تقومَ به
البَيِّنَةُ ، فلا يجبُ به التَّفْسِيْقُ . ولنا ، في الفصل الأول ، إجماعُ الصَّحابة ، رضَى اللهُ
عنهم ، فإنَّه يروى عن عمر ، رضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يقولُ لأبي بكرَ ، حينَ شهدَ على
المُغِيرَةِ بنِ شُعْبَةَ : ثُبْ ، أَقبلَ شهادتك^(٧) . ولم يُنكرْ ذلك مُنكرٌ ، فكان إجماعًا . قال
سعيدُ بنُ المُسيَّبِ : شهدَ على المُغِيرَةِ ثلاثة رجالٍ ؛ أبو بكرَ ، ونافعُ بنُ الحارث ، وشبيلُ بنُ
مَعْبُدٍ ، ونكلُ زيادٍ ، فجلدَ عمرُ الثلاثة ، وقال لهم / : ثوبوا ، تُقبلَ شهادتكم . فتاب
رجلان ، وقيلَ عمرُ شهادتهما ، وأبى أبو بكرَ ، فلم يقبلْ شهادته^(٨) . وكان قد عادَ مثلَ
النَّصْلِ مِنَ الْعِبَادَةِ . ولأنَّه تابَ من ذنبه ، فقبلتْ شهادته ، كالتائبِ مِنَ الزُّنَى ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الزُّنَى أَغْظَمُ مِنَ الْقَذْفِ بِهِ^(٩) ، وكذلك قُتِلَ النَّفْسُ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ ، وسائرُ الذُّنُوبِ ، إذا تابَ
فاعلها ، قبلتْ شهادته ، فهذا أوَّلَى . وأمَّا الآيةُ ، فهي حُجَّةٌ لَنَا ، فإنَّه استثنى التائبين ،

٨٦/١١

(٣) أخرجه عنهم البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ - ١٥٤ .

(٤ - ٤) في ب : « وإن جلد » .

(٥) تقدم تحريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ . وعبد الرزاق ،

في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٦٢ .

(٧) سقط من : ب .

بقوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ ^(٨) . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون تقديره : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ فاقبلوا شهادتهم ، وليسوا بفاسقين . فإن قال ^(٩) : إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه ؛ بدليل أنه لا يعود إلى الجدل . قلنا : بل يعود إليه أيضاً ؛ لأن هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها ، إلا ما منع منه مانع ، ولهذا ما قال النبي ﷺ : « لَا يُؤْمِنُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي بَيْتِهِ ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِيمِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ » ^(١٠) . ^(١١) عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ، ولأن الاستثناء يُغَايِرُ ما قبله ، فعاد إلى الجمل المعطوف ^(١٢) بعضها على بعض بالواو ، كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق ، وعبد ^(١٣) حر ، إن لم يَقم . عاد الشرط إليهما ، كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ؛ لأن رد الشهادة هو المأمور به ، فيكون هو الحكم ، والتفسير خراج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود ، أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم ضعيف ، يرويه الحجاج بن أرطاة ، وهو ضعيف . قال ابن عبد البر : لم يرفع من في ^(١٤) روايته حجة . وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحتها ، فالمراد به من لم يتب ، بدليل : كل محدود تائب سوى هذا . وأما الفصل / الثاني فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء ؛ إيجاب الجدل ، ورد الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه ، كالجلد ؛ لأن الرمي هو المعصية ، والذنب الذي يستحق به العقوبة ، وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة ، والحد كفارة وتطهير ، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجدل

٨٦/١١ ظ

(٨) سورة النور ٥ .

(٩) في الأصل ، م : « قالوا » .

(١٠) سقط من : ١ . على أنه : « لَا يُؤْمِنُ الرَّجُلُ » .

(١١) تقدم تخريجه ، في : ٤٢/٣ .

(١٢) سقط من : ١ .

(١٣) في ب : « أو عبده » .

(١٤) سقط من : م .

ورَدَّ الشَّهَادَةُ حُكْمَانِ لِلْقَذْفِ ، فَيُثْبِتَانِ جَمِيعَا بَهِ ، وَتُخْلَفُ اسْتِيفَاءُ أَحَدِهِمَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْآخَرِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالْجَلْدِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْجَلْدَ حُكْمُ الْقَذْفِ الَّذِي تُعَذَّرُ تَحْقِيقُهُ ، فَلَا يُسْتَوْفَى قَبْلَ تَحْقِيقِ الْقَذْفِ ، وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُسْتَوْفَى حَدُّ قَبْلِ تَحْقِيقِ سَبِّهِ . وَيَصِيرُ مُتَحَقِّقًا بَعْدَهُ ^(١٥) ؟ هَذَا بَاطِلٌ .

فصل : والقاذف في الشتم ثرَّدُ شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنى إذا لم تكمل البيّنة ، تُقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعي ، أن شهادته لا تُرَدُّ . ولنا ، أنَّ عمر لم يقبل شهادة أبي بكر ، وقال له : ثب ، أقبَلْ شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكر ، مع ردِّ عمر شهادته .

١٩٠٣ — مسألة ؛ قال : (وَتَوْبَتُهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ)

ظاهر كلام أحمد والخرقي ، أن توبة القاذف إكذابه ^(١) نفسه ، فيقول : كَذَبْتُ فيما قلت . وهذا منصوص الشافعي ، واختيار الأصطخري من أصحابه . قال ابن عبد البر : ومن ^(٢) قال هذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والشَّعْبِيُّ ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ؛ لما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال ، في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٣) . قال : « تَوْبَتُهُ إِكْذَابُ نَفْسِهِ » ^(٤) ؛ وَلِأَنَّ عِرْضَ الْمُقْذُوفِ تَلَوَّثَ بِقَذْفِهِ ، فَأَكْذَابُهُ نَفْسَهُ يَزِيلُ ذَلِكَ التَّلَوِّثَ ، فَتَكُونُ التَّوْبَةُ بِهِ . وذكر القاضي أن القاذف إن كان سباً ، فالتوبة منه إكذاب / نفسه ، وإن كان شهادة ، فالتوبة منه أن يقول : القاذف حرام باطل ، ولن أعود إلى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . قال : وهو المذهب ؛ لأنه قد يكون صادقاً ، فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان ؛ لأنه نوع

٨٧/١١ و

(١٥) في الأصل : « بعد » .

(١) في م : « إكذاب » .

(٢) في ب : « ومن » .

(٣) سورة النور ٥ .

(٤) في ب : « لنفسه » . وذكر صاحب كنز العمال ٤٧٤/٢ ، أن ابن مردويه أخرجه .

إِكَذَابٍ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ مِنْ نَفْسِهِ الصَّدَقَ فِيمَا قَذَفَ بِهِ ^(٥) ، فَتَوْبَتُهُ الْاسْتِغْفَارُ ، وَالْإِفْرَارُ بِطُلَانِ مَا قَالَهُ وَتَحْرِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَعُودُ إِلَى مِثْلِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ صِدْقَ نَفْسِهِ ، فَتَوْبَتُهُ إِكَذَابُ نَفْسِهِ ، سَوَاءً كَانَ الْقَذْفُ بِشَهَادَةٍ أَوْ سَبٍّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا فِي الشَّهَادَةِ ، صَادِقًا فِي السَّبِّ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الْقَاضِفَ كَاذِبًا إِذَا لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَذِبُونَ ﴾ ^(٦) . فَتَكْذِيبُ الصَّادِقِ نَفْسَهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِي حُكْمِ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ صَادِقًا .

فصل : وَكُلُّ ذَنْبٍ تَلَزَمَ فَاعِلُهُ التَّوْبَةُ مِنْهُ ، وَمَتَى ^(٧) تَابَ مِنْهُ ، قَبِلَ اللَّهُ تَوْبَتَهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا الذُّنُوبَ بِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ ذُنُوبَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ * أُولَئِكَ جَزَاءُهُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ ﴾ ^(٨) الْآيَةِ . وَقَالَ : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ ^(٩) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ » ^(١٠) . وَقَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : بَقِيَّةُ عَمْرِ الْمَرْءِ ^(١١) لَا قِيَمَةَ لَهُ ، يُدْرِكُ فِيهِ مَا فَاتَ ، وَيُحْيِي فِيهِ مَا أَمَاتَ ، وَيُبْدِلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِ حَسَنَاتٍ . وَالتَّوْبَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ بَاطِنَةً ، وَحُكْمِيَّةً ، فَأَمَّا / ^{٨٧/١١} ظ الباطنة ، فَهِيَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ تَعَالَى ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَعْصِيَةُ لَا تُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ ، كَقُبْلَةِ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَوِ الْخُلُوةِ بِهَا ، وَشُرْبِ مُسْكِرٍ ، أَوْ كَذِبٍ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ النَّدَمُ ، وَالْعَزْمُ عَلَى أَنْ لَا يَعُودَ . وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « النَّدَمُ تَوْبَةٌ » ^(١٢) . وَقِيلَ : التَّوْبَةُ النَّصُوحُ

(٥) سقط من : ب .

(٦) سورة النور ١٣ .

(٧) سقطت الواو من : ب ، م .

(٨) سورة آل عمران ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٩) سورة النساء ١١٠ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٥٦٣/٩ .

(١١) في ١ ، ب ، م : « المؤمن » .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٤٢٠/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣٧٦/١ ، ٤٢٣ ، ٤٣٣ . والحاكم ، في : كتاب التوبة والإنابة . المستدرک ٢٤٣/٤ . والبيهقي ، في : =

تَجْمَعُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ النَّدَمُ بِالْقَلْبِ ، وَالِاسْتِغْفَارُ بِاللِّسَانِ ، وَإِضْمَارُ أَنْ لَا يُعُودَ ، وَمُجَابَبَةُ خُلُطَاءِ السُّوءِ . وَإِنْ كَانَتْ تُوجِبُ عَلَيْهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ لآدَمِيٍّ ؛ كَمَنْعِ الزَّكَاةِ وَالْعَصَبِ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ بِمَا ذَكَرْنَا ، وَتَرْكُ الْمَظْلَمَةِ حَسَبَ إِمْكَانِهِ ، بِأَنْ يُؤَدَّى الزَّكَاةُ ، وَيُرَدَّ الْمَغْضُوبُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَالْأَقِيمَتَهُ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، نَوَى رَدَّهُ مَتَى قَدَرَ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ فِيهَا حَقٌّ فِي الْبَدَنِ ، فَإِنْ كَانَ حَقًّا لآدَمِيٍّ ، كَالْقِصَاصِ ، وَحَدِّ الْقَذْفِ ، اشْتَرَطَ فِي التَّوْبَةِ التَّمَكُّينَ^(١٣) مِنْ نَفْسِهِ ، وَبَذْلُهَا لِلْمُسْتَحِقِّ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزُّنَى ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ ، فَتَوْبَتُهُ أَيْضًا بِالنَّدَمِ ، وَالْعَزْمِ عَلَى تَرْكِ الْعَوْدِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَهَرْ عَنْهُ ، فَالْأَوَّلَى لَهُ سِتْرٌ نَفْسِيهِ ، وَالتَّوْبَةُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَتَى شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ ، فَلَيْسَتْ تَرِ بِسِتْرِ اللَّهِ ، فَإِنَّهُ مَنْ أَبْدَى لَنَا^(١٤) صَفْحَتَهُ أَقْمَنَا عَلَيْهِ الْحَدَّ »^(١٥) . فَإِنَّ الْغَامِذِيَّةَ حِينَ أَقْرَتْ بِالزُّنَى ، لَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ^(١٦) . وَإِنْ كَانَتْ مَعْصِيَةً مَشْهُورَةً ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْأَوَّلَى الْإِقْرَارُ بِهِ ، لِيُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَشْهُورًا ، فَلَا فَائِدَةَ فِي تَرْكِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَرْكَ الْإِقْرَارِ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَرَضَ لِلْمُقَرَّرِ عِنْدَهُ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ ؛ فَعَرَضَ لِمَاعِزٍ^(١٧) ، وَلِلْمُقَرَّرِ عِنْدَهُ بِالسَّرْقَةِ^(١٨) بِالرُّجُوعِ / ، مَعَ اسْتِثْنَاءِ عَنْهُ بِإِقْرَارِهِ ، وَكَرِهَ الْإِقْرَارَ ، حَتَّى إِنَّهُ قِيلَ لَمَّا قَطَعَ السَّارِقُ : كَأَنَّمَا أُسِفَ وَجْهُهُ رَمَادًا^(١٩) . وَلَمْ يَرِدِ الْأَمْرُ بِالْإِقْرَارِ ، وَلَا الْحَثُّ عَلَيْهِ فِي كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ ، وَلَا يَصِحُّ لَهُ قِيَاسٌ ، إِنَّمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِالسَّتْرِ ، وَالِاسْتِتَارِ ، وَالتَّعْرِيزِ لِلْمُقَرَّرِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ . وَقَالَ لَهْزَالٍ ، وَكَانَ هُوَ الَّذِي

و ٨٨/١١

= باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/ ١٥٤ .

(١٣) في الأصل ، أ ، ب ، « التمكن » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢/ ٨٢٥ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٣١٣/ ١٢ .

(١٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٦/ ٢ .

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/ ١٢ .

(١٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١/ ٤١٩ ، ٤٣٨ .

أمر ماعزًا بالإقرار : « يَا هَزَال ، لَوْ سَتَرْتُهْ بِثُوبِكَ ، كَانَ خَيْرًا لَكَ »^(٢٠) . وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد . وليس بصحيح ؛ لما ذكرنا ، ولأن التوبة تُوجد حقيقتها بدون الإقرار ، وهي تُحبُّ ما قبلها ، كما ورد في الأخبار ، مع ما دلَّت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار ، وترك الإصرار . وأما البدعة ، فالتوبة منها بالاغتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضِدِّ ما كان يُعتقد منها .

فصل : ظاهر كلام أحمد والخرقى ، أنه لا يُعتبر في ثبوت أحكام التوبة ، من قبول الشهادة ، وصحة ولايته في التكاج ، إصلاح العمل . وهو أحد^(٢١) القولين للشافعي^(٢٢) ، وفي القول الآخر ، يُعتبر إصلاح العمل ، إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنى ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفي مُجرّد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة ، تُظهر فيها توبته ، وتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية^(٢٣) عن أحمد^(٢٤) ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا ﴾ . وهذا نص ، فإنه نهى عن قبول شهادتهم ، ثم استثنى التائب المصلح ؛ ولأن عمر ، رضى الله عنه ، لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه ، حتى بلغته توبته ، فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة^(٢٥) . ولنا ، قوله ﷺ : « التوبة تُحبُّ ما قبلها »^(٢٦) . وقوله : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »^(٢٧) . ولأن المغفرة تُحصل بمُجرّد التوبة ، فكذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار / ما بعده ، وهو أعظم الذنوب كلها^(٢٨) ، فمادونه أولى . فأما الآية ، فيَحْتَمِلُ أن يكون الإصلاح هو التوبة ،

ظ ٨٨/١١

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

(٢١-٢٢) في ب : « قول الشافعي » .

(٢٢-٢٣) في م : « لأحمد » .

(٢٣) أخرجه الدارمي ، في : باب من هاب الفتيا ، وكره التنطع والتبدع ، من المقدمة . سنن الدارمي ٥٤/١ - ٥٦ .

وانظر : الإصابة ٤٥٨/٣ ، ٤٥٩ .

(٢٤) لم نجده بهذا اللفظ ، وإنما الوارد : « الإسلام يجب ما قبله » و « الهجرة تجب ما قبلها » . انظر : المسند

١٩٩/٤ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وانظر ما تقدم في : ٥٦٣/٩ .

(٢٥) تقدم تخريجه في : ٥٦٣/٩ .

(٢٦) سقط من : أ ، ب .

وَعَطْفُهُ^(٢٧) عَلَيْهَا لِاخْتِلَافِ اللَّفْظَيْنِ ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ ، قَوْلُ عُمَرَ لِأَبِي بَكْرَةَ : تُبُّ ، أَقْبَلُ شَهَادَتَكَ . وَلَمْ يَعتَبِرْ أَمْرًا آخَرَ ، وَلَأنَّ مَنْ كَانَ غَاصِبًا ، فَرَدَّ مَا فِي يَدَيْهِ ، أَوْ مَانِعًا لِلزَّكَاةِ ، فَأَدَّاهَا وَتَابَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، قَدْ حَصَلَ مِنْهُ الْإِصْلَاحُ ، وَعُلِمَ نَزْوَعُهُ عَنْ مَعْصِيَتِهِ بِإِدَاءِ مَا عَلَيْهِ ، وَلَوْ لَمْ يَرِدِ التَّوْبَةُ ، لَمَا^(٢٨) أَدَّى مَا فِي يَدَيْهِ^(٢٩) ، وَلَأنَّ تَقْيِيدَهُ بِالسَّنَةِ تَحَكُّمٌ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ^(٣٠) ، وَالتَّقْدِيرُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالتَّوْقِيفِ ، وَمَا وَرَدَ عَنْ عُمَرَ فِي حَقِّ صُبَيْحٍ إِنَّمَا كَانَ لِأنَّهُ تَائِبٌ مِنْ بِدْعَةٍ ، وَكَانَتْ تَوْبَتُهُ بِسَبَبِ الضَّرْبِ وَالْهَجْرَانِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَظْهَرَ التَّوْبَةَ تَسْتُرًا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ التَّائِبُ مِنَ الْبِدْعَةِ يُعْتَبَرُ لَهُ مُضِيُّ سَنَةٍ ، لِحَدِيثِ صُبَيْحٍ . رَوَاهُ أَحْمَدُ فِي « الْوَرَعِ » ، قَالَ : وَمِنْ عَلَامَةِ تَوْبَتِهِ ، أَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَنْ كَانَ يُؤَالِيهِ مِنْ أَهْلِ الْبِدْعِ ، وَيُؤَالِي مَنْ كَانَ يُعَادِيهِ مِنْ أَهْلِ السَّنَةِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّوْبَةَ مِنَ الْبِدْعَةِ كَغَيْرِهَا ، إِلاَّ أَنَّهُ تَكُونُ التَّوْبَةُ بِفِعْلِ يُشَبِّهُ الْإِكْرَاهَ ، كَتَوْبَةِ صُبَيْحٍ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ مُدَّةُ تَنْظُرٍ أَنَّهُ تَوْبَتُهُ عَنْ^(٣١) إِخْلَاصٍ ، لَا عَنْ إِكْرَاهٍ . وَلِلْحَاكِمِ أَنَّهُ يَقُولُ لِلْمُنْتَظَرِ بِالْمَعْصِيَةِ : تُبُّ ، أَقْبَلُ شَهَادَتَكَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا أَعْرِفُ هَذَا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَكَيْفَ لَا يَعْرِفُهُ ، وَقَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالتَّوْبَةِ ، وَقَالَ عُمَرُ لِأَبِي بَكْرَةَ ! .

١٩٠٤ — مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ قَدْ كَانَ شَهِدَ بِهَا وَهُوَ غَيْرُ عَدْلٍ ، وَرَدَّتْ عَلَيْهِ ، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ فِي حَالِ عَدَالَتِهِ^(١))

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ فَاسِقٌ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُ لِفَسَقِهِ ، ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ ، وَأَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمُزَنِيُّ ، وَدَاوُدُ : تُقْبَلُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَالتَّنْظُرُ يُدُلُّ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ

(٢٧) فِي ب : « وَعَطْفُهَا » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « مَا » .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « يَدِهِ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَلَى » .

(١) فِي ب : « عَدَمُ النَّدَمِ » .

عَدْلٍ ، فَتَقْبَلُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ وَهُوَ كَافِرٌ / فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي أَدَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعَيَّرُ بِرَدِّهَا ، وَلِحَقَّتْهُ غَضَاظَةٌ لَكُونَهَا رُدَّتْ بِسَبَبِ نَقْصِ يَتَعَيَّرُ بِهِ ، وَصِلَاحُ حَالِهِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِ يَزُولُ بِهِ الْعَارُ ، فَتَلَحُّقُهُ التُّهْمَةُ فِي أَنَّهُ قَصَدَ إِظْهَارَ الْعَدَالَةِ ، وَإِعَادَةَ الشَّهَادَةِ لَتَقْبَلَ ، فَيَزُولُ مَا حَصَلَ بِرَدِّهَا ؛ وَلِأَنَّ الْفِسْقَ يَخْفَى ، فَيُحْتَاجُ فِي مَعْرِفَتِهِ إِلَى بَحْثٍ وَاجْتِهَادٍ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ نَقُولُ : شَهَادَةُ مُرْدُودَةٍ بِالْاجْتِهَادِ ، فَلَا تُقْبَلُ بِالْاجْتِهَادِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى نَقْصِ الْاجْتِهَادِ بِالْاجْتِهَادِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا رُدَّتْ شَهَادَةُ كَافِرٍ لِكُفْرِهِ ، أَوْ صَبِيٍّ لَصِغَرِهِ ، أَوْ عَبْدٍ لِرَقِّهِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْكَافِرُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، وَأَعَادُوا تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا لَا تُرَدُّ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ تُرَدِّ أَوَّلًا بِالْاجْتِهَادِ ، وَإِنَّمَا رُدَّتْ بِالْيَقِينِ ، وَلِأَنَّ الْبُلُوغَ وَالْحُرِّيَّةَ لَيْسَا مِنْ فِعْلِ الشَّاهِدِ ، فَيُتَّهَمُ فِي أَنَّهُ فَعَلَهُمَا لَتَقْبَلَ شَهَادَتُهُ ، وَالْكَافِرُ لَا يَرَى كُفْرَهُ عَارًا ، وَلَا يَتْرُكُ دِينَهُ مِنْ أَجْلِ شَهَادَةٍ رُدَّتْ عَلَيْهِ . وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي الزِّنَادِ ، وَمَالِكٍ ، أَنَّهَا تُرَدُّ أَيْضًا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ وَبَلَغَ ، وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً ^(١) كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا شَهَادَةُ مُرْدُودَةٍ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَةِ مَنْ كَانَ فَاسِقًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَمْتَضِي فَرَقًا بَيْنَهُمَا فَيَفْتَرِقَانِ ^(٢) . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْعَبْدِ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِرَقِّهِ ، ثُمَّ عَتَقَ ، وَأَعَادَ ^(٣) تِلْكَ ^(٤) الشَّهَادَةَ ، رَوَاتَانِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْأُولَى أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، وَهُوَ أَمْرٌ يَظْهَرُ ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ السَّيِّدُ لِمُكَاتِبِهِ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، أَوْ شَهِدَ وَارِثٌ لِمَوْرُوثِهِ بِالْجُرْحِ

قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ عَتَقَ الْمُكَاتِبُ ، وَبَرَأَ الْجُرْحُ ، وَأَعَادُوا ^(٥) تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَفِي قَبُولِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الْمَانِعِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِمْ ، فَأُشْبِهَ زَوَالَ الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ / ، وَلِأَنَّ رَدَّهَا بِسَبَبِ لَا عَارَ فِيهِ ، فَلَا يُتَّهَمُ فِي قَصْدِ نَفْيِ الْعَارِ بِإِعَادَتِهَا ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهَا بِاجْتِهَادِهِ ، فَلَا يَنْقُضُهَا

(٢) فِي ١ ، م زِيَادَةٌ : « أُخْرَى » .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : « فَيَفْرَقَانِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَادْعَى » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي ب : « وَأَعَادَ » .

باجتهاده . والأوّل أشبه بالصّحّة ، فإنّ الأصل قبول شهادة العدل ، ما لم يمنع منه مانع ، ولا يصحّ القياس على الشهادة المردودة^(٧) للفسق ؛ لما ذكرنا بينهما من الفرق . ويخرج على هذا كلّ شهادة مردودة^(٨) ؛ إمّا للثّمة ، أو لعدم الأهليّة ، إذا أعادها بعد زوال الثّمة ، ووجود الأهليّة ، فهل تُقبل ؟ على وجهين .

١٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم ، حتّى صار عدلاً ، قبلت منه)

وذلك لأنّ التّحمّل لا يُعتبر فيه العدالة ، ولا البلوغ ، لأنّه لا ثّمة في ذلك ، وإنّما يُعتبر ذلك^(١) في الأداء^(٢) ، فإذا رأى الفاسق شيئاً ، أو سمعه ، ثم عدل ، وشهد به ، قبلت شهادته ، بغير خلاف نعلمه ، وهكذا الصّبيّ ، والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ ، قبلت . وكذلك الرواية^(٣) ؛ ولذلك كان الصّبيان في زمن النّبي ﷺ يزوون عنه بعد أن كبروا ؛ كالحسن ، والحسين ، وابن عبّاس ، والثّعمان بن بشير ، وابن الزّبير ، وابن جعفر ، والشّهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشّروط المُعتبرة للشّهادة .

١٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (ولو شهد وهو عدل ، فلم يحكم بشهادته حتّى حدث منه ما لا تجوز شهادته معه ، لم يحكم بها)

وجملة ذلك أنّ الشّاهدين إذا شهدا عند الحاكم ، وهما ممّن تُقبل شهادته ، ثم لم^(٤) يحكم بها حتّى فسقا ، أو كفرا ، لم يحكم بشهادتهما . وهذا قال أبو يوسف ، والشّافعي . وقال أبو ثور ، والمزنيّ : يحكم بها ؛ لأنّ بقاء أهليّة الشّهادة ليس شرطاً في الحكم ؛ بدليل ما لو ماتا ؛ ولأنّ فسقهما تجدد بعد أداء الشّهادة ، فأشبه ما لو تجدد

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١-١) في ١ : « للأداء » .

(٢-٢) في ب : « وكذا للرواية » .

(١) في م : « ولم » .

بعد الحكم بها . وَوَجْهُ ذَلِكَ مِنْ طَرِيقَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا / ، أَنَّ عَدَالََةَ الشَّاهِدِ شَرْطٌ لِلْحُكْمِ فَيُعْتَبَرُ دَوَامُهَا إِلَى حِينِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا فِي الْمَشْرُوطِ ، وَإِذَا فَسَقَ انْتَفَى الشَّرْطُ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ظُهُورَ فَسَقِهِ وَكُفْرِهِ ، يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُسِرُّ الْفِسْقَ ، وَيُظْهِرُ الْعَدَالََةَ ، وَالزُّنْدِيقُ يُسِرُّ كُفْرَهُ ، وَيُظْهِرُ إِسْلَامَهُ ، فَلَا نَأْمَنُ كَوْنَهُ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا حِينَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهَا مَعَ الشَّكِّ فِيهَا ، فَأَمَّا إِنْ حَدَّثَ هَذَا مِنْهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِ ^(٢) ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَقَعَ صَحِيحًا ، لَا سِتْمَارَ شَرْطِهِ إِلَى انْتِهَائِهِ ؛ وَلَئِنَّهُ قَدْ وَجَدَ مَقْرُونًا بِشَرْطِهِ ظَاهِرًا ، فَلَا يُنْقَضُ بِالشَّكِّ ، كَمَا لَوْ رَجَعَ عَنِ الشَّهَادَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ صَلَّى بِالتَّيْمُمِ ، ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْاسْتِيفَاءِ ، وَكَانَ حَدَّثًا لِلَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ ^(٣) لَئِنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ^(٤) ، وَهَذَا شُبُهَةٌ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِ . وَإِنْ كَانَ مَا لَا اسْتِوْفَى ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ تَمَّ ، وَثَبَّتَ الْاسْتِحْقَاقُ بِأَمْرِ ظَاهِرِ الصَّحَّةِ ، فَلَا يَبْطُلُ بِأَمْرِ مُحْتَمِلٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَبْطُلْ رُجُوعُهُ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ كَانَ حَدٌّ قَذِفٍ أَوْ قِصَاصًا ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُسْتَوْفَى . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ آدَمِيٌّ مُطَالَبٌ بِهِ ، أَشْبَهَ الْمَالِ . وَالثَّانِي ، لَا يُسْتَوْفَى . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْبَدَنِ ^(٥) ، تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، أَشْبَهَ الْحَدِّ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا مَا حَدَّثَ بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي حَدٍّ وَلَا حَقٍّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ اسْتَوْفَى بِمَا ظَاهَرَهُ الصَّحَّةُ ، وَسَوَّغَ الشَّرْعُ اسْتِيفَاءَهُ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ مَا طَرَأَ بَعْدَهُ ^(٥) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَدَّى الشَّهَادَةَ ، وَهَمَّ مِنْ أَهْلِهَا ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ، حَكَمَ الْحَاكِمُ

بشهادتهما ، سَوَاءٌ ثَبَّتَتْ عَدَالَتُهُمَا فِي حَيَاتِهِمَا / ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِمَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ حَدًّا أَوْ غَيْرَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جُنُّوا ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُؤَثِّرُ فِي شَهَادَتِهِ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الْكَذِبِ فِيهَا . وَلَا يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُوجُودًا حَالَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ،

(٢) فِي ب ، م : « بِشَهَادَةِ » .

(٣-٣) فِي م : « بِالشُّبُهَاتِ لِأَنَّهُ يَدْرَأُ » .

(٤) فِي أ : « الْقَذْفِ » .

(٥) فِي أ : « بَعْدَ » .

والجُنُونُ والإِعْمَاءُ في معناه ، بخلافِ الْفِسْقِ والكُفْرِ .

١٩٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَشَهَادَةُ الْعَدْلِ عَلَى شَهَادَةِ الْعَدْلِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، إِذَا كَانَ الشَّاهِدُ الْأَوَّلُ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛ أحدها ، في جَوَازِهَا . والثاني ، في مَوْضِعِهَا .
والثالث ، في شَرْطِهَا .

أما الأول : فإنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ ، بإجماع العلماء . وبه يقول مالكٌ ،
والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . قال أبو عُبَيْدٍ : أَجْمَعَتِ الْعُلَمَاءُ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ ،
على إِمضَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْأَمْوَالِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَإِنَّهَا لَوْ ^(١) لَمْ تُقْبَلْ
لَبَطَلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْوُقُوفِ ^(٢) ، وَمَا يَتَأَخَّرُ إِبْتِائُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ثُمَّ يَمُوتُ شُهُودُهُ ، وَفِي
ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَى النَّاسِ ، وَمَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ ، فَوَجِبَ أَنْ تُقْبَلَ ، كَشَهَادَةِ الْأَصْلِ .

الفصل الثاني : أَنَّهَا تُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، بإجماع ، كما ذكر أبو
عُبَيْدٍ ، وَلَا تُقْبَلُ فِي حَدٍّ . وَهَذَا قَوْلُ النَّحْصِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ . وَقَالَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ ، وَكُلُّ حَقٍّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْبَغُ
بَشَهَادَةِ الْأَصْلِ ، فَيَنْبَغُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، كَالْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُدُودَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى
السَّتْرِ ، وَالذَّرْعِ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالْإِسْقَاطِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا
شُبُهَةٌ ؛ فَإِنَّهَا يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا احْتِمَالُ الْعَلَطِ وَالسَّهْوِ وَالْكَذِبِ فِي شُهُودِ الْفَرَجِ ، مَعَ احْتِمَالِ
ذَلِكَ فِي شُهُودِ ^(٣) الْأَصْلِ ، وَهَذَا احْتِمَالٌ زَائِدٌ ، لَا يُوجَدُ فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ ،
بَدَلِيلٌ أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى شُهُودِ الْأَصْلِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا تُقْبَلَ فِيمَا يَنْدَرِي
بِالشُّبُهَاتِ ، وَلِأَنَّهَا إِنَّمَا تُقْبَلُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَيْهَا فِي الْحَدِّ ؛ لِأَنَّ سَتْرَ / صَاحِبِهِ أَوْلَى
مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْأَمْوَالِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ

و ٩١/١١

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) في ب : « الموقف » . وفي م : « الوقف » .

(٣) في م : « جهود » . تحريف .

في الحاجة والتساهل فيها ، ولا يصحُّ قياسُها على شهادة الأصل ؛ لما ذكرنا من الفرق ، فبطلَ إثباتُها . وظاهرُ كلامِ أحمد ، أنَّها لا تُقبَلُ في القصاصِ أيضًا ، ولا حدَّ القذف ؛ لأنَّه قال : إنَّما تجوزُ في الحقوق ، أمَّا الدَّماءُ والحدُّ فلا . وهذا قولُ أبي حنيفة . وقال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور : تُقبَلُ . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرقي ؛ لقوله : في كلِّ شيءٍ إلَّا في الحدود . لأنَّه حقٌّ آدميٌّ ، لا يسقطُ بالرجوع عن الإقرار به ، ولا يُستحبُّ ستره ، فأشبههُ الأموال . وذكر أصحابنا هذا روايةً عن أحمد ؛ لأنَّ ابنَ منصورٍ نقلَ أنَّ سُفيانَ قال : شهادة رجلٍ مكانَ رجلٍ في الطَّلَاقِ جائزة . قال أحمد : ما أحسنَ ما قال . فجعله أصحابنا روايةً في القصاص . وليس هذا برواية ؛ فإنَّ الطَّلَاقَ لا يُشبهُ القصاصَ . والمذهبُ أنَّها لا تُقبَلُ فيه ؛ لأنَّه ^(٤) عقوبةٌ بدنيَّةٌ ، تُدرأُ بالشُّبهات ، وتُبنى على الإسقاط ، فأشبهتِ الحدودَ ، فأما ما عدا الحدودَ والقصاصَ والأموالَ ، كالنكاح والطَّلَاق ، وسائر ما لا يثبتُ إلَّا بشاهدين ، فنصَّ أحمدُ على قبولِها في الطَّلَاقِ والحقوق ، فيدُلُّ على قبولِها في جميع هذه الحقوق . وهو قولُ الخِرقي . وقال ابنُ حامد : لا تُقبَلُ في النكاح . ونحوه قولُ أبي بكر . فعلى قولِهما ، لا تُقبَلُ إلَّا في المال ، وما يُقصدُ به المالُ . وهو قولُ أبي عبيد ؛ لأنَّه حقٌّ لا يثبتُ إلَّا بشاهدين ، فأشبههُ حدَّ القذف . ووجهُ الأوَّل ، أنَّه حقٌّ لا يُدرأُ بالشُّبهات ، فيثبتُ بالشَّهادة ^(٥) على الشَّهادة ^(٦) ، كالمال ، وبهذا فارقَ الحدودَ .

الفصل الثالث : في شروطِها ، ولها ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن تتعدَّرَ شهادة

الأصل ٩١/١١ ظ لموت ، أو غيبية ، أو مرضي ، أو حبسي ، أو خوف من سلطان / (أو غيره) ^(٦) .

وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن أبي يوسف ، ومحمد ، جوازُها مع القدرة على شهادة الأصل ، قياسًا على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبي ، أنَّها لا تُقبَلُ إلَّا أن يموتَ شاهدُ الأصل ؛ لأنَّهما إذا كانا حيَّين ، رُجِيَ حضورُهما ، فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثلُ هذا ، إلَّا أنَّ القاضي تأوَّلَهُ على الموت ، وما في معناه من الغيبة

(٤) في ب : « لأنها » .

(٥-٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

الْبَعِيدَةِ وَنَحْوَهَا . وَيُمْكِنُ تَأْوِيلُ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ عَلَى هَذَا ، فَيَزُولُ هَذَا الْخِلَافُ . وَلَنَا ، عَلَى اشْتِرَاطِ (٧) تَعَدُّرِ شَهَادَةِ شَاهِدِ الْأَصْلِ ، أَنَّهُ إِذَا أُمِّكَنَ (٨) الْحَاكِمُ أَنْ يَسْمَعَ (٩) شَهَادَةَ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، اسْتَعْنَى عَنِ الْبَحْثِ عَنِ عَدَالَةِ شَاهِدِي الْفَرْعِ ، وَكَانَ أَحْوَطَ لِلشَّهَادَةِ ، فَإِنَّ سَمَاعَهُ مِنْهُمَا مَعْلُومٌ ، وَصِدْقُ شَاهِدِي الْفَرْعِ عَلَيْهَا (٩) مَظْنُونٌ ، وَالْعَمَلُ بِالْيَقِينِ مَعَ امْتِنَانِهِ ، أَوْلَى مِنْ اتِّبَاعِ الظَّنِّ ، وَلَئِنْ شَهَادَةُ الْأَصْلِ تَثَبَّتْ نَفْسَ الْحَقِّ ، وَهَذِهِ لِنَّمَّا تَثَبَّتْ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ ، وَلَئِنْ فِي شَهَادَةِ الْفَرْعِ ضَعْفٌ ؛ لِأَنَّهُ يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا اِحْتِمَالَانِ ؛ اِحْتِمَالُ غَلَطِ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، وَاحْتِمَالُ غَلَطِ شَاهِدِي الْفَرْعِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ وَهْنًا فِيهَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَنْتَهِضْ لِإثْبَاتِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَتَثَبَّتْ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ شَهَادَةِ (١٠) الْأَصْلِ ، كَسَائِرِ الْأَبْدَالِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى أَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ ؛ لِأَنَّهُ خَفِيَ فِيهَا ، وَلِهَذَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْعَدَدُ ، وَلَا الذِّكُورِيَّةُ ، وَلَا الْحُرِّيَّةُ ، وَلَا اللَّفْظُ ، وَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَيْهَا فِي حَقِّ عُمُومِ النَّاسِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَنَا ، عَلَى قَبُولِهَا عِنْدَ تَعَدُّرِهَا بِغَيْرِ الْمَوْتِ ، أَنَّهُ تَعَدَّرَتْ شَهَادَةُ الْأَصْلِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ ، كَالْوَمَاتِ شَاهِدِ الْأَصْلِ ، وَيُخَالِفُ الْحَاضِرِينَ / ؛ فَإِنَّ سَمَاعَ شَهَادَتِهِمَا مُمَكِّنٌ ، فَلَمْ يَجْزِ غَيْرُ ذَلِكَ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْعَيْبَةَ الْمُشْتَرِطَةَ لِسَمَاعِ شَهَادَةِ الْفَرْعِ ، أَنْ يَكُونَ شَاهِدُ الْأَصْلِ بِمَوْضِعٍ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَشْهَدَ ثُمَّ يَرْجِعَ مِنْ يَوْمِهِ . وَهَذَا قَالَهُ أَبُو يَوْسُفَ ، وَأَبُو حَامِدٍ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ تَشَقَّقَ عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ بِمِثْلِ هَذَا السَّفَرِ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ (١١) . وَإِذَا لَمْ يُكَلِّفِ الْحُضُورَ ، تَعَدَّرَ سَمَاعُ شَهَادَتِهِ ، فَاجْتِنِبْ إِلَى سَمَاعِ شَهَادَةِ الْفَرْعِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُعْتَبَرُ مَسَافَةُ الْقَصْرِ . وَهُوَ قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَأَيْ الطَّبِيبِ الطَّبْرِيِّ (١٢) ، مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي مَسَافَةِ الْقَصْرِ كُلِّ عَلَى أَصْلِهِ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ فِي

٩٢/١١ و

(٧-٧) سقط من : ب .

(٨) في الأصل : « استمع » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « شاهدي » .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري ، أحد حملة مذهب الإمام الشافعي ورفعائه ، توفي سنة خمسين وأربع مائة . طبقات الشافعية الكبرى ١٢/٥ - ٥٠ .

حُكْمِ الجَاضِرِ ، في التَّرْخُصِ وغيرِه ، بخلافِ مَسَافَةِ القَصْرِ . ويُعْتَبَرُ دَوَامُ هَذَا الشَّرْطِ إِلَى الحُكْمِ ، فلو شَهِدَ شَاهِدَا الفَرْعِ ، فلم يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا حَتَّى حَضَرَ شَاهِدَا الأَصْلِ ، لَوَقَفَ^(١٣) الحُكْمُ عَلَى سَمَاعِ شَهَادَتِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ العَمَلِ بِالْبَدَلِ ، فلم يَجْزِ العَمَلُ بِهِ ، كَالْمُتَيَمَّمِ يَقْدِرُ عَلَى المَاءِ قَبْلَ الصَّلَاةِ ، وَلَئِنْ حَضُرَا مَعَهُمَا لَوْ جَدَّ قَبْلَ أَدَاءِ شَهَادَةِ الفَرْعِ ، مَنَعَ ، فَإِذَا طَرَأَ قَبْلَ الحُكْمِ ، مَنَعَ مِنْهُ ، كَالْفَسْقِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ تَتَحَقَّقَ شُرُوطُ الشَّهَادَةِ ، مِنَ العَدَالَةِ وَغَيْرِهَا ، فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الأَصْلِ وَالفَرْعِ ، عَلَى الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ يَنْبَنِي عَلَى الشَّهَادَتَيْنِ جَمِيعًا ، فَاعْتَبِرَتِ الشُّرُوطُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا نَعْلَمُهُ . فَإِنْ عَدَلَ شُهُودُ الفَرْعِ شُهُودَ الأَصْلِ ، فَشَهِدَا بَعْدَ التَّيَمُّمِ وَعَلَى شَهَادَتِهِمَا ، جَازَ ، بَعْدَ خِلَافِ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ لَمْ يَشْهَدَا بَعْدَ التَّيَمُّمِ ، جَازَ ، وَيَتَوَلَّى الحَاكِمُ ذَلِكَ ، فَإِنْ عَلِمَ عَدَالَتَهُمَا ، حَكَمَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا بَحَثَ عَنْهَا^(١٤) .

٩٢/١١ وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ^(١٥) ، وَأَبُو يُونُسَ / : إِنْ لَمْ يُعَدَّلْ شَاهِدَا الفَرْعِ شَاهِدَا الأَصْلِ ، لَمْ يَسْمَعْ الحَاكِمُ شَهَادَتَهُمَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَ تَعْدِيلِهِ يَرْتَابُ بِهِ الحَاكِمُ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ لَا يَعْرِفَا ذَلِكَ ، فَيَرْجِعُ فِيهِ إِلَى بَحْثِ الحَاكِمِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْرِفَا عَدَالَتَهُمَا وَيَتَرَكَا ، اكْتِفَاءً بِمَا يَثْبُتُ عِنْدَ الحَاكِمِ مِنْ عَدَالَتِهِمَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ هَذَا الشَّرْطِ ، وَوُجُودِ العَدَالَةِ فِي الجَمِيعِ إِلَى انْقِضَاءِ الحُكْمِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي شَاهِدِ الأَصْلِ قَبْلَ هَذَا . وَإِنْ مَاتَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ الفَرْعِ ، لَمْ يَمْنَعْ الحُكْمَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ شُهُودُ الأَصْلِ قَبْلَ أَدَاءِ الفُرُوعِ شَهَادَتَهُمْ ، لَمْ يَمْنَعْ مِنْ أَدَائِهِمَا ، وَالحُكْمُ بِهَا ؛ لِأَنَّ مَوْتَهُمْ مِنْ شَرْطِ سَمَاعِ شَهَادَةِ الفُرُوعِ وَالحُكْمِ ، فَلَا يَجُوزُ جَعْلُهُ مَانِعًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ جُنُوا ؛ لِأَنَّ جُنُونَهُمْ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِمْ . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُعَيَّنَا شَاهِدَا الأَصْلِ ، وَيُسَمِّيَاهُمَا . وَقَالَ ابْنُ جَرِيرٍ : إِذَا قَالَا : ذَكَرَيْنِ ، حَرَيْنِ ، عَدَلَيْنِ . جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّيَا ؛ لِأَنَّ العَرَضَ مَعْرِفَةُ الصِّفَاتِ دُونَ الْعَيْنِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَا عَدَلَيْنِ عِنْدَهُمَا ، مَجْرُوحَيْنِ عِنْدَ غَيْرِهِمَا ؛ وَلَئِنْ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ رُبَّمَا أَمَكَّنَهُ جَرْحُ الشُّهُودِ ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفْ أَعْيَانَهُمَا ، تَعَدَّرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ .

(١٣) فِي م : « وَقَفَ » .

(١٤) فِي أ : « عَنْهَا » .

(١٥) فِي أ : « أَبُو ثَوْر » .

الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ شَاهِدُ الْأَصْلِ الشَّهَادَةَ^(١٦) ، فيقول : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا ، أَوْ أَقَرُّ عِنْدِي بِكَذَا . أَوْ يَسْمَعُ^(١٧) شَاهِدًا يَسْتَرْعِي آخَرَ شَهَادَةً يَشْهَدُ عَلَيْهَا ، فيجوزُ لهذا السَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا ؛ لِحُصُولِ الِاسْتِرْعَاءِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ بَعِيْنُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا تَكُونُ شَهَادَةُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَكَ ، فَأَمَّا إِذَا سَمِعْتَهُ يَتَحَدَّثُ ، فَإِنَّمَا ذَلِكَ حَدِيثٌ . وَبِمَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . فَأَمَّا إِنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ عِنْدَ الْحَاكِمِ / ٩٣/١١ بِحَقٍّ ، أَوْ سَمِعَهُ يَشْهَدُ بِحَقٍّ يَعْزِيْهِ إِلَى سَبَبٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ . فَهَلْ يَشْهَدُ بِهِ ؟ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ رَوَايَتَانِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشَّهَادَةِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَنِسْبَتِهِ لِلْحَقِّ^(١٨) إِلَى سَبَبِهِ ، يَزُولُ الْاِحْتِمَالُ ، وَيَرْتَفِعُ الْإِشْكَالُ ، فَتَجُوزُ لَهُ الشَّهَادَةُ عَلَى شَهَادَتِهِ ، كَمَا لَوْ اسْتَرْعَاهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا مَعْنَى النَّيَابَةِ ، فَلَا يَنْبُؤُ عَنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ قَالَ : هَذَا يَنْتَقِلُ شَهَادَتُهُ ، وَلَا يَنْبُؤُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْهَدُ مِثْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنِّي أَشْهَدُ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا . فَلَا شُبْهَ أَنْ يَجُوزَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي .^(١٩) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي^(٢٠) أَنِّي أَشْهَدُ . لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَشْهَدُ . فَقَدْ أَمَرَهُ بِالشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يَسْتَرْعِهِ . وَمَا عَدَا هَذِهِ الْمَوَاضِعَ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهَا عَلَى الشَّهَادَةِ ، فَإِذَا سَمِعَهُ يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَرْعِهِ الشَّهَادَةَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَعْدَهُ بِهَا . وَقَدْ يُوصَفُ الْوَعْدُ بِالْوَجُوبِ مَجَازًا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْعِدَّةُ دَيْنٌ »^(٢١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالشَّهَادَةِ

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في م : « سَمِعَ » .

(١٨) في أ : « الْحَقِّ » .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٠) أخرجه الديلمي وابن عساكر . انظر : الجامع الكبير ٤٣٠/١ .

الْعِلْمَ ، فلم يَجْزُ لسامِعِ الشَّهَادَةِ به . فإن قِيلَ : فلو سَمِعَ رجلاً يقول : لفلانٍ على ألف درهم . جاز أن يشهد بذلك ، فكذا هذا . قلنا : الفرقُ بينهما من وجهين ؛ أحدهما ، أن الشَّهَادَةَ تَحْتَمِلُ الْعِلْمَ ، ولا يَحْتَمِلُ الإقرارُ ذاك^(٢١) . الثاني ، أن الإقرارَ أَوْسَعُ في لزومه ٩٣/١١ من الشَّهَادَةِ ؛ بدليل صِحَّتِهِ / في المجهول ، وأنه لا يُرَاعَى فيه العَدَدُ ، بخلاف الشَّهَادَةِ ، ولأنَّ الإقرارَ قولُ الإنسانِ على نفسه ، وهو غيرُ مُتَّهَمٍ ، فيكون أقوى منها ، ولهذا لا تُسَمَّعُ الشَّهَادَةُ في حَقِّ الْمُقَرَّرِ ، ولا يُحَكَّمُ بها . ولو قال شاهدُ الأَصْلِ : أنا أشهدُ أن فلانٍ على فلانٍ ألفاً ، فاشهدْ به أنتَ عليه . لم يَجْزُ أن يشهدَ على شهادته ؛ لأنه ما سترعاه شهادته ، فيشهدُ عليها ، ولا هو شاهدٌ بالحقِّ ؛ لأنه ما سَمِعَ الاعترافَ به ممن هو عليه ، ولا شاهدٌ سببه .

فصل : فأما كيفيةُ الأداءِ إذا كان قد استترعاه الشَّهَادَةُ ، فإنه يقول : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ ، وقد عَرَفْتَهُ بَعَيْنِهِ واسمِهِ ونَسَبِهِ وعدلَتِهِ ، أشهدُني أنه يشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ ، كذا وكذا ، أو أن فلاناً أقرَّ عندى بكذا . وإن لم يَعْرِفْ عدلته لم يذكرها . وإن سَمِعَهُ يُشْهَدُ غَيْرَهُ ، قال : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ ، أشهدُ على شهادته أن فلانَ بنِ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ ، كذا وكذا . وإن كان سَمِعَهُ يشهدُ عندَ الحاكمِ قال : أشهدُ أن فلانَ بنِ فلانٍ ، شهدَ على فلانٍ بنِ فلانٍ ، عندَ الحاكمِ بكذا^(٢٢) . وإن كان نَسَبَ الحقِّ إلى سببه ، قال : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ قال : أشهدُ أن فلانَ بنِ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ كذا وكذا ،^(٢٣) من جهةِ كذا وكذا^(٢٤) . وإذا أرادَ الحاكمُ أن يَكْتُبَ ذلك ، كَتَبَهُ ، على ما ذكرنا في الأداءِ .

فصل : واختلفتِ الرِّوَايَةُ في شَرْطِ خامسٍ ، وهو الذِّكُورِيَّةُ في شُهُودِ الْفَرْعِ ؛ فعن أحمدَ ، أنها شَرْطٌ ، فلا يُقْبَلُ في شُهُودِ الْفَرْعِ نِسَاءٌ بِحَالٍ ، سواءَ كانَ الحقُّ مِمَّا تُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، أو لا . وهذا قولُ مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ؛ لأنَّهم يثبتونَ بشهادتهم

(٢١) في ١ : « ذلك » . وسقط من : م .

(٢٢) في الزيادة : « قال اشهد » .

(٢٣-٢٤) سقط من : الأصل ، ب .

شهادة الأصل دون الحق . وليس ذلك بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال ، فأشبهه القصاص / والحد . والثانية ، للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل . قال حُزْب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين ، تجوز ؟ قال : نعم . يعنى إذا كان معهما^(٢٤) رجل . وذكر الأوزاعي ، قال : سمعتُ ثُمَيْرَ بْنِ أَوْسٍ^(٢٥) يُجِيزُ شَهَادَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى شَهَادَةِ^(٢٦) الْمَرْأَةِ . ووجهه ، أن المقصود بشهادة الفروع^(٢٧) ، إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل ، فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويفارق الحد والقصاص ؛ فإنه ليس القصْد من الشهادة به إثبات مالٍ بمالٍ^(٢٨) . فأما شهود الأصل ، فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين ، في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال ، في قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ؛ لأن في الشهادة على الشهادة ضعفًا ؛ لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ؛ لأنها تزاد بشهادتهن ضعفًا . ولنا ، أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل^(٢٩) ، فهي تثبت بشهادتهن^(٣٠) ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق ، فهي تثبت بشهادتهن ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو ما يقصد به المال ، فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدّينها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى ، لا أصل له .

فصل : ويجوز أن يشهد على^(٢٦) كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهدًا فرع على شاهدَي أصل . قال القاضي : لا يختلِف كلامُ أحمد في هذا . وهو قول شريح ، والشَّعْبِيّ ، والحسن ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وإسحاق ،

(٢٤) سقط من : ١٠ .

(٢٥) غير بن أوس الأشعري ، قاضي دمشق ، ثقة ، قليل الحديث . توفي سنة خمس عشرة ومائة . تهذيب التهذيب ٤٧٥/١٠ ، ٤٧٦ .

(٢٦) سقط من : ب ، م .

(٢٧) في ١ : « الفرع » .

(٢٨) في ١ : « الأصول » .

(٢٩) في الأصل : « فهو » .

(٣٠) في الأصل ، ١ ، م : « بشهادتهم » . وكذلك في النسخ في الموضع الثاني .

والبَيِّنَى ، والعَنْبَرِيَّ ، وَتَمِيمَ بْنِ أَوْسٍ . قال إسحاق : لم يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، حَتَّى جَاءَ هَؤُلَاءِ . وقال أحمد : وشاهد على شاهدٍ يَجُوزُ ، لم يَزَلِ النَّاسُ عَلَى ذَا ؛ شَرِيحٌ فَمَنْ دُونَهُ ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ أَنْكَرَهُ . وَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنَ بَطَّةَ ، إِلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ عَلَى كُلِّ / شَاهِدٍ أَصْلٌ إِلَّا شَاهِدَا فَرْعٍ . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، لأنَّ شَاهِدِي الْفَرْعِ يُثْبِتَانِ شَهَادَةَ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، فَلَا تُثْبِتُ شَهَادَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَقْلٍ مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَمَا لَا يُثْبِتُ إِقْرَارُ مُقَرَّرَيْنِ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، يَشْهَدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدٌ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يُثْبِتُ بِشَاهِدَيْنِ ، وَقَدْ شَهِدَ اثْنَانِ بِمَا يُثْبِتُهُ ، فَيُثْبِتُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا بِنَفْسِ الْحَقِّ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرْعُ بَدَلًا مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ ، فَيَكْفِي فِي عَدِّهِمَا ^(٣١) مَا يَكْفِي فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وَلَئِنْ هَذَا الْجَمَاعُ ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرْعُ لَا يَنْقُلَانِ عَنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ حَقًّا عَلَيْهِمَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ فِيهِ قَوْلُ وَاحِدٍ ، كَأَخْبَارِ الدِّيَّانَاتِ ، فَإِنَّهُمْ إِنَّمَا يَنْقُلُونَ الشَّهَادَةَ ، وَلَيْسَتْ حَقًّا عَلَيْهِمَا ^(٣٢) ، وَلِهَذَا لَوْ أَنْكَرَاهَا لَمْ يُعِدِّ الْحَاكِمُ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يَطْلُبْهَا مِنْهُمَا . وهذا الجواب عما ذكروه . فإذا ثبتَ هذا ، فَمَنْ اعْتَبَرَ لِكُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٍ شَاهِدِي فَرْعٍ ، أَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ . وهذا قال مالك ، وأصحابُ الرَّأْيِ . قال الشَّافِعِيُّ : وَرَأَيْتُ كَثِيرًا مِنَ الْحُكَّامِ وَالْمُقْتَنِينَ يُجِيزُهُ . وَخَرَّجَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، جَوَازُهُ . وَالْآخَرُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ أَرْبَعَةً ، عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٍ شَاهِدَا فَرْعٍ . وَاخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ يَثْبِتُ بِهِ أَحَدَ طَرَفِي الشَّهَادَةِ ، لَا يَثْبِتُ بِهِ الْطَرَفُ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَصْلًا ^(٣٣) ^(٣٤) مَعَ شَاهِدٍ ^(٣٥) ، ثُمَّ شَهِدَ مَعَ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ ^(٣٥) شَاهِدِ الْأَصْلِ الْآخَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى قَوْلَيْنِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(٣٦) بِإِقْرَارِ اثْنَيْنِ ، أَوْ بِإِقْرَارَيْنِ بِحَقِّينِ ^(٣٦) . وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزُ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدُ الْأَصْلِ فَرْعًا ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ بَدَلًا أَصْلًا فِي شَهَادَةِ بَحْقٍ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، وَلِأَنَّهُمْ

(٣١) في م : « عددها » .

(٣٢) في ب ، م : « عليهم » .

(٣٣) في ا ، م : « أصل » .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٥) سقط من : ا .

(٣٦-٣٦) في الأصل : « اثنين بإقرارين بحقين » . وفي ب : « بإقرارين أو بإقرارين بحقين » . وفي م : « بإقرارين بحقين

أو بإقرار اثنين » .

يُثْبِتُونَ بِشَهَادَتِهِمْ شَهَادَةَ الْأَصْلِ ، وَلَيْسَتْ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ظَرْفًا لَشَهَادَةِ الْآخَرِ ، فَعَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ / أَنْ يَثْبُتَ الْحَقُّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ سِتَّةً ، وَإِنْ كَانَ حَقٌّ يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، وَجَبَ ^(٣٧) أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ ثَمَانِيَةً ، وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ زَنًى ، خُرِّجَ فِيهِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، لَا مَدْخَلَ لَشَهَادَةِ الْفَرْعِ فِي إِثْبَاتِهِ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ سِتَّةً عَشَرَ ، فَيَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ أَرْبَعَةً . الثَّلَاثُ ، يَكْفِي ثَمَانِيَةً . والرَّابِعُ ، يَكُونُونَ أَرْبَعَةً ، يَشْهَدُونَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ . والخَامِسُ ، يَكْفِي شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ . وَهَذَا إِثْبَاتٌ لِحَدِّ الزَّنَى بِشَاهِدَيْنِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ شَاهِدًا أَصِيلًا ، وَشَاهِدًا فَرْعًا ، يَشْهَدَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَصِيلٍ آخَرَ ، جَازَ . وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدًا أَصِيلًا ، وَشَاهِدًا فَرْعًا ، خُرِّجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدًا أَصِيلًا ، ثُمَّ شَهِدَ هُوَ وَآخَرُ فَرْعًا عَلَى شَاهِدِ أَصِيلٍ آخَرَ ، لَمْ يُفُذْ شَهَادَتُهُ ^(٣٨) الْفَرْعِيَّةُ شَيْئًا ، وَكَانَ حُكْمُ ذَلِكَ حُكْمَ مَا لَوْ شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ^(٣٩) شَاهِدًا وَاحِدًا .

١٩٠٨ - مسألة : قَالَ : (وَيَشْهَدُ عَلَى مَنْ سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِحَقٍّ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لِلشَّاهِدِ : اشْهَدْ عَلَيَّ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَالْمَذْهَبُ مَا ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ ، وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، لَا يَشْهَدُ حَتَّى يَقُولَ لَهُ الْمُقَرُّ : اشْهَدْ عَلَيَّ . كَمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ حَتَّى يَسْتَرْعِيَهُ إِيَّاهَا ، وَيَقُولَ لَهُ : اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي . وَعَنْهُ ، رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، إِذَا سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِقَرْضٍ ، لَا يَشْهَدُ ، وَإِذَا سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِدَيْنٍ ، يَشْهَدُ ^(١) ؛

(٣٧) فِي م : « فَوْجِبَ » .

(٣٨) فِي ١ ، ب : « شَهَادَةٌ » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « شَهَادَةٌ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « شَهِدَ » .

لأنَّ الْمُقَرَّ بِالذِّينِ^(٢) مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرُ بِالْقَرْضِ لَا يَعْتَرِفُ بِذَلِكَ ، لَجَوَازِ
 أَنْ يَكُونَ اقْتَرَضَ مِنْهُ ، ثُمَّ وَقَّاهُ . وَعَنْهُ رَوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، إِذَا سَمِعَ شَيْئًا ، فَدْعَى إِلَى الشَّهَادَةِ
 ٩٥/١١ ظ به^(٢) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ شَهِدَ ، / ^(٣) وَإِنْ شَاءَ^(٣) لَمْ يَشْهَدْ . قَالَ : وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ
 إِذَا أَشْهَدَ أَنْ يَشْهَدْ إِذَا دُعِيَ ، ﴿ وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٤) . قَالَ : إِذَا
 أَشْهَدُوا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقْرَأُ لِرَجُلٍ بِحَقٍّ ، وَلَمْ يَقُلْ : أَشْهَدُ عَلَى
 بِذَلِكَ . وَسَمِعَ^(٥) الشَّاهِدَ^(٦) أَنْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ ، يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنِّي حَضَرْتُ إِقْرَارَ فُلَانٍ
 بِكَذَا . وَلَا يَقُولُ : أَشْهَدُ عَلَى إِقْرَارِهِ . وَإِنْ سَمِعَهُ يَقُولُ : اقْتَرَضْتُ مِنْ فُلَانٍ ، أَوْ قَبَضْتُ
 مِنْ فُلَانٍ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدْ بِهِ . ^(٧) وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يَشْهَدُ بِمَا عَلِمَهُ ، وَقَدْ
 حَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِسَمَاعِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْهَدْ بِهِ^(٧) ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدْ بِمَا رَأَاهُ مِنَ الْأَفْعَالِ . وَذَكَرَ
 الْقَاضِي أَنَّ فِي الْأَفْعَالِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَشْهَدُ بِهِ حَتَّى يَقُولَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : أَشْهَدُ .
 وَهَذَا إِنْ أَرَادَ بِهِ الْعُمُومَ فِي جَمِيعِ الْأَفْعَالِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى مَنَعِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا
 بِالْكُلِّيَّةِ ، فَإِنَّ الْغَاصِبَ لَا يَقُولُ لِأَحَدٍ : أَشْهَدُ عَلَى أَنِّي أَغْصَبُ . وَلَا السَّارِقُ ، وَلَا
 الزَّانِي ، وَلَا الْقَاتِلُ ، وَأَشْبَاهُ هَؤُلَاءِ . وَقَدْ شَهِدَ أَبُو بَكْرَةَ وَأَصْحَابُهُ عَلَى الْمُغِيرَةِ بِالزَّانِي ،
 فَلَمْ يَقُلْ عُمَرُ : هَلْ أَشْهَدُكُمْ أَوْ لَا^(٨) . وَلَا قَالَهُ لِلذِّينِ^(٩) شَهِدُوا عَلَى قُدَامَةَ بِشْرٍ
 الْحَمَرِ^(١٠) ، وَلَا قَالَهُ عُمَانُ^(١١) لِلذِّينِ شَهِدُوا بِذَلِكَ^(١٢) عَلَى الْوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ^(١٣) .

(٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مَعَهُ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(٥) فِي ١ ، ب ، م : « وَتَمَعَ » .

(٦) فِي ١ ، م ، زِيَادَةٌ : « فَلَهُ » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي ١١/١٨٤ . وَفِي م بَعْدَ هَذَا مَا سَيَأْتِي بَعْدَ قَوْلِهِ : « الْوَلِيدُ بْنُ عُقْبَةَ » .

(٩) فِي ١ ، ب ، م : « الَّذِينَ » .

(١٠) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي ١٢/٢٧٦ .

(١١) فِي م : « عَمَرُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(١٣) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي ١٢/٤٩٩ .

(٤) ولم يقل هذا أحد من الصحابة ، ولا من غيرهم (٤) . وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي ، كالقرض ، والقبض فيه ، وفي الرهن والبيع ، والافتراق ، ونحو ذلك ، جاز .

فصل : ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين (٥) ، شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً ، كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعا منهما ، ولم يسقط ذلك بشرطهما (٦) ؛ لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه ، وذلك قد حصل له ، سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها ، وعلى الجنايات بمشاهدتها ، ولا يحتاجان إلى إشهاد . وهذا قال ابن سيرين ، ومالك ، والثوري ، والشافعي .

فصل : والحقوق على ضربين ؛ أحدهما ، حق لآدمي معين ، كالحقوق المالية ، والتكاح / ، وغيره من العقود والعقوبات ، كالقصاص ، وحد القذف ، والوقف على آدمي معين ، فلا تُسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي ، فلا تُستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ، ودليل لها ، فلا يجوز تقديمها (٧) عليها . والضرب الثاني ، ما كان حقاً لآدمي غير معين ، كالوقف على الفقراء ، والمساكين ، أو جميع المسلمين ، أو على مسجد ، أو سقاية ، أو مقبرة مسبلة ، أو الوصية لشيء من ذلك ، ونحو هذا ، أو ما كان حقاً لله تعالى ، كالحدود الخالصة لله تعالى ، أو الزكاة ، أو الكفارة ، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقديم الدعوى ؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ، ويطالب به ، ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عتبة بشرب الخمر أيضاً ، من غير تقديم دعوى ، فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يُعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ، ولا رضي منه . وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد العريمين (٨) ، كتنعيم الزوجة بالطلاق ، أو الظهار ، أو إعتاق الرقيق ، تجوز الحسبة به ، ولا تُعتبر فيه دعوى . ولو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة

(١٤ - ١٤) جاء هذا في م بعد قوله : « هل أشهدكم أولاً » . السابق .

(١٥) في ١ : « رجلين » .

(١٦) في ١ ، م : « شرطهما » .

(١٧) في الأصل : « تقديمها » .

(١٨) سقط من : الأصل .

ابتداءً ، ثَبَّتَ ذلك ، سَوَاءٌ صَدَّقَهُمَا ^(١٩) المشهودُ بِعَتَقِهِ ، أو لم يُصَدِّقْهُمَا ^(٢٠) . وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وبه قال أبو حنيفة في الأَمَةِ . وقال في العبد : لا يَثْبُتُ ، ما لم يُصَدِّقِ العبدُ به ، وَيَدَّعِيَهُ ؛ لأنَّ العِتْقَ حقُّه ، فأشَبَّهَ سائرَ حُقوقِهِ . ولنا ، أَنَّها شهادةٌ بِعَتَقٍ ، فلا تُفْتَقَرُ إلى تَقْدِيمِ ^(٢١) الدَّعْوَى ، كَعِتْقِ الأَمَةِ ، وَيُخَالَفُ سائرَ الحُقوقِ ؛ لأنَّه حقٌّ لله تعالى ، ولهذا لا يَفْتَقَرُ إلى قَبُولِ العِتْقِ ^(٢٢) . ودليلُ ذلك الأَمَةُ . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِعِتْقِ الأَمَةِ . فإن قال ^(٢٣) : الأَمَةُ يَتَعَلَّقُ بِإِعْتاقِها تَحْرِيمُ الوَطْءِ . قلنا : هذا لا أَثْرَ له ، فإنَّ البَيْعَ ^(٢٤) يُوجِبُ تَحْرِيمَها / عليه ، ولا تُسْمَعُ الشَّهادَةُ به ^(٢٥) إِلَّا بَعْدَ الدَّعْوَى .

فصل : وَمَنْ كانت عِنْدَهُ شَهادَةُ ^(٢٦) لآدَمِيٍّ ، لم يَحُلْ ؛ إمَّا أن يكونَ عالِمًا بها ، أو غيرَ عالِمٍ ، فإن كان عالِمًا بها ، لم يَجْزُ للشَّاهِدِ أدَاؤها حتى يَسْأَلَهُ ذلك ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَنْذِرُونَ وَلَا يُؤْفُونَ ، وَيَشْهَدُونَ وَلَا يُسْتَشْهِدُونَ ، وَيَخُونُونَ وَلَا يُؤْتَمَنُونَ » . رواه البخاري ^(٢٧) . ولأنَّ أدَاءَها حقٌّ للمَشْهُودِ له ، فلا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِرِضاهُ كسائرِ حُقوقِهِ . وإن كان المشهودُ له غيرَ عالِمٍ بها ، جازَ للشَّاهِدِ أدَاؤها قبلَ طَلَبِها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَلَا أُنبِئُكُمْ بِخَيْرِ الشَّهَدَاءِ ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسألَها » . رواه مُسْلِمٌ ، وأبو داودَ ، ومالكٌ ^(٢٨) .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في ١ : « تقديم » .

(٢١) في م : « المعتق » .

(٢٢) في ب ، م : « قيل » .

(٢٣) في م : « المنع » .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ١ : « دعوى » .

(٢٦) تقدم تخريجُه ، في : ٦٢١/١٣ .

(٢٧) أخرجه مسلم ، في : باب بيان خير الشهود ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الشهادات ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الشهادات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٠/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الشهداء أيهم خير ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ١٦٩/٩ ، وابن ماجه ، في : باب الرجل عنده شهادة لا يعلم بها صاحبها ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . =

وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ، ولا يَعْلَمُ بها الذى هى له . وهذا الحديث وإن كان مُطْلَقاً ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذِهِ الصُّورِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ؛ وَلأنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهَا ، فَمَرَّكَ طَلِبَهَا لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِقَامَتَهَا ، بِخِلَافِ الْعَالِمِ بِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي أَدَائِهَا ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بِكَذَا . وَنَحْوَهُ . وَلَوْ قَالَ : أَعْلَمُ ، أَوْ أَحِقُّ ، أَوْ أَتَقَيَّنُ ، أَوْ أَعْرِفُ . لَمْ يُعْتَدَبْ بِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مَصْدَرٌ شَهِدَ شَهْدُ شَهَادَةٍ ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِثْبَانِ بِفِعْلِهَا الْمُشْتَقِّ مِنْهَا ، وَلأنَّ فِيهَا مَعْنَى لَا يَحْصُلُ فِي غَيْرِهَا مِنَ اللَّفْظَاتِ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْيَمِينِ ، فَيُقَالُ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ . وَهَذَا تُسْتَعْمَلُ فِي اللَّعَانِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

١٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْمُسْتَحْفَى ، إِذَا كَانَ عَدْلًا)

المُسْتَحْفَى : هُوَ الَّذِي يُخْفِي نَفْسَهُ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِيَسْمَعَ إِقْرَارَهُ ، وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ، مِثْلُ مَنْ / يَجْعَلُ الْحَقَّ عِلَاقَةً ، وَيَقْرُءُ بِهِ سِرًّا ، فَيَخْتَبِي شَاهِدَانِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَعْلَمُ بِهِمَا ، لِيَسْمَعَ إِقْرَارَهُ بِهِ ، ثُمَّ يَشْهَدُ بِهِ ، فَشَهَادَتُهُمَا مَقْبُولَةٌ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الصَّحِيحَةِ . وَهَذَا قَالَ عَمْرُو^(١) بْنُ حَرْبٍ . وَقَالَ : كَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْخَائِنِ وَالْفَاجِرِ^(٢) . وَرَوَى مِثْلَ ذَلِكَ عَنْ شُرَيْجٍ^(٣) . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، لَا تُسْمَعُ شَهَادَتُهُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ أَبِي مُوسَى . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْجٍ^(٤) ، وَالشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾^(٥) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَدَّثَ بِحَدِيثٍ

= والإمام أحمد ، في : المسند ٤/ ١١٥ - ١١٧ ، ٥/ ١٩٢ ، ١٩٣ .

(١) عمرو بن حريث بن عمرو المخزومي الكوفي ، له صحبة ، ولد في أيام بدر . وقيل : قبل الهجرة بسنتين . توفي سنة خمس وثمانين . الإصابة ٤/ ٦١٩ .

(٢) أورده البخاري ، في : باب شهادة المختبئ ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ٣/ ٢٢٠ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في شهادة المختبئ ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/ ٢٥١ . وعبد الرزاق ، في : باب السمع شهادة وشهادة المختفى ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/ ٣٥٦ .

(٣) ذكره وكيع ، في : أخبار القضاة ٢/ ٢٣٩ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب السمع شهادة وشهادة المختفى ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/ ٣٥٦ .

(٥) سورة الحجرات ١٢ .

ثُمَّ التَّفَتَّ ، فَهِيَ أَمَانَةٌ ^(٦) . يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِسَامِعِهِ ذِكْرُهُ عَنْهُ ؛ لِإِلْتِفَاتِهِ وَحَذَرِهِ . وَقَالَ
مَالِكٌ : إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ضَعِيفًا يَنْخَدِعُ ^(٧) ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ،
قُبِلَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا سَمِعَاهُ يَقِينًا ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ بِهِمَا ^(٨) .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في نقل الحديث ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٦٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما
جاء أن المجالس أمانة ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٣٨/٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٤/٣ ،
٣٥٢ ، ٣٨٠ ، ٣٩٤ .

(٧) في الأصل : « يتخدع » . وفي ١ : « يخدع » .

(٨) في ١ ، ب ، م ، « بها » .

كتاب الأقضية

١٩١٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا هَلَكَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ وَلَدَيْنِ وَمَاتَنِي دِرْهَمٌ ، فَأَقْرَأَهُمَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، دَفَعَ إِلَى الْمُقْرَأِ لَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ إِرْثِهِ عَنْ أَبِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُقْرَأُ عَدْلًا ، فَيَشَاءُ الْغَرِيمُ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْإِثْنَيْنِ ، وَيَأْخُذَ مِائَةً ، وَتَكُونَ الْمِائَةُ الْبَاقِيَةُ بَيْنَ الْإِثْنَيْنِ)

هذه المسألة في الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها في باب الإقرار^(١) ، وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه ، وميراثه ههنا النصف ، فيكون عليه نصف الدين ؛ وهو نصف المائة ، ونصفها الباقي يشهد به على أخيه ، فإن كان عدلاً ، فشاء الغريم ، حلف مع شهادته ، واستحق الباقي ؛ لأنه لا تهمة في حق الإثنى المقر ، فإنه لا يجزئ إلى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ، ولا يدفع بها ضرراً . وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر ، كملت الشهادة ، وحكم للمدعى بما شهدا به له ، إذا كانا عدلين ، وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار في الشهادة ؛ / لما ذكرنا من قبل . وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين ؛ مثل أن يخلف ثلاثة بينين ، فيقر اثنين منهم بالدين ، ويشهدان به ، فإن شهادتهما تقبل ، ويثبت باق الدين في حق المنكر . وهذا كله قال الحسن ، والشَّعْبِيُّ^(٢) ، والشَّافِعِيُّ ، وابن المنذر . وقال حماد ، وأصحاب الرأي : المقر به كله في نصيب المقر . وهو قول الشَّعْبِيِّ ، وعلى هذا ينبغي^(٣) أن لا تقبل شهادة المقر بالدين ؛ لأنه يجزئ بشهادته نفعاً إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما قرَّبه عن نفسه . والإقرار بوصية تخرج من الثلث ، كالإقرار بالدين ، فيما^(٤) ذكرناه .

(١) تقدم في : ٣٢٨/٧ .

(٢) كذا ورد في النسخ . وانظر : ما يأتي .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ب : « على ما » .

فصل : ولو ثبت لرجل على رجل دينٌ ببيّنة ، لم يمنع ذلك قبولَ شهادته عليه بدين أو وصيّة ، في قول عامة أهل العلم ، إلا ابن أبي ليلى ، قال : لا تُقبل شهادته على غريمه الميّت بذلك . فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ لَمَّا يُوَاطَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ بِدَيْنٍ ، فيُحَاصُّ^(٥) الغرماء بما شَهِدَ لَهُ بِهِ ثُمَّ يُقَاسَمُهُ . ولنا ، أَنَّهُ عَدْلٌ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَتُقبَلُ شهادته له كغيره ، وذلك لأنّه لا يَجْرُ بِشهادته إلى نفسه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ بِهَا ضَرًّا ، بل يَضُرُّ نفسه ، لَكَوْنِ المَشْهُودِ لَهُ يُزَاحِمُهُ فِي الاستيفاءِ ، وَيَنْقُصُ مَا يَأْخُذُهُ ، فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الصَّدَقِ ، وَأُخْرَى أَنْ تُقبَلُ شهادته ، وما ذكرناه له من الاحتمال يُوجَدُ فِي الأَجْنَبِيِّ ، ولم يمنع قبولَ شهادته .

١٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ هَلَكَ رَجُلٌ عَنِ ابْنَيْنِ ، وَلَهُ حَقٌّ بِشَاهِدٍ ، وَعَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ مَا يَسْتَعْرِقُ مِيرَاثَهُ ، فَأَبَى الْوَارِثَانِ أَنْ يَحْلِفَا مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِ الْمَيِّتِ ، وَيَسْتَحِقَّ ، فَإِنْ حَلَفَ الْوَارِثَانِ مَعَ الشَّاهِدِ ، حُكِمَ بِالَّذَيْنِ ، فَدْفَعَ إِلَى الْغَرِيمِ)

وجملته أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا ، وَادَّعَى وَرَثَتَهُ دَيْنًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ ، فَأُتِيَكَرَ ، فَأَقَامُوا شَاهِدًا عَدْلًا ، وَحَلَفُوا مَعَهُ ، حُكِمَ بِالَّذَيْنِ لِلْمَيِّتِ ، ثُمَّ تُقْضَى مِنْهُ دُيُوتُهُ ، ثُمَّ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، إِلَّا أَنْ يُحْجِزَ الْوَرِثَةُ ، فَإِنْ أَبَى / الْوَرِثَةُ أَنْ يَحْلِفُوا ، لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ^(١) مَعَ شَاهِدِ الْمَيِّتِ . وبهذا قال إسحاق ، وأبو ثور ، والشافعي في الجديد ، وقال في القديم : لِلْغَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ^(١) ، وَيَسْتَحِقَّ . وهذا قول مالك ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْمَالُ ، قُدِّمَ حَقُّهُ عَلَى الْوَرِثَةِ ، وَكَانَتْ لَهُ الْيَمِينُ كَالْوَارِثِ . ولنا ، أَنَّ الدَّيْنَ لِلْوَرِثَةِ دُونَ الْغَرِيمِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَسْتَعْرِقِ الدَّيْنُ مِيرَاثَهُ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لِلْوَارِثِ ، أَنَّهُ يُكْتَفَى بِمِثْنِهِ ، وَلَوْ كَانَ لغيره لَمَا اكْتَفَى بِهَا ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْغَرِيمِ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ ، وَالَّذَيْنِ لِلْمَيِّتِ ، وَلِهَذَا يَشْهَدُ الشَّاهِدُ بِأَنَّ الدَّيْنَ لِلْمَيِّتِ ، وَالَّذِي يَحْلِفُ مَعَهُ

(٥) في ب : « فيخلص » .

(١ - ١) سقط من : ب . نقل نظر .

إِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَجُوزُ لِلْعَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّ^(٢) لِي^(٣) فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دَيْنًا ،
بِالْإِتِّفَاقِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى دَيْنٍ غَيْرِهِ الَّذِي لَا فِعْلَ لَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا جَعَلَ
الْيَمِينَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْعَرِيمَ لَوْ
حَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ ، ثُمَّ أَبْرَأَ الْمَيِّتَ مِنَ الدَّيْنِ ، لَرَجَعَ الدَّيْنُ إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَلَوْ كَانَ قَدْ ثَبَتَ لَهُ^(٤)
بَيِّنَةٌ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَيْهِمْ . وَهَكَذَا لَوْ وَصَّى الْمَيِّتُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ لَمْ يَحْلِفِ الْوَرِثَةُ ، لَمْ يَكُنْ
لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يَحْلِفَ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُ الْإِثْنَيْنِ مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَثْبُتْ مِنَ الدَّيْنِ إِلَّا قَدْرُ حِصَّتِهِ .
وهكذا إِذَا ادَّعَى الْوَرِثَةُ وَصِيَّةً لِأَيِّهِمْ أَوْ دَيْنًا ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا ، لَمْ يَثْبُتْ جَمِيعُهُ إِلَّا بِأَيِّمَانِ
جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُهُمْ ، ثَبَتَ مِنَ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَلَا يُشَارِكُهُ فِيهِ بَاقِي
الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حَقٌّ بَدُونِ أَيْمَانِهِمْ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقُّوا يَمِينَ غَيْرِهِمْ ، وَيَقْضَى
مِنْ دَيْنِ أَبِيهِ بِقَدْرِ مَا ثَبَتَ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْوَرِثَةِ صَغِيرٌ أَوْ مَعْتَوَةٌ ، وَقَفَ حَقُّهُ ، حَتَّى يَبْلُغَ
الصَّغِيرُ وَيَعْقِلَ الْمَعْتَوَةُ ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى حَالِهِ ، وَلَا يَحْلِفُ وَلِيُّهُ ؛ لَكُونَ
الْيَمِينَ لَا تَدْخُلُهَا النَّيَابَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أُخْرَسُ مَفْهُومُ الْإِشَارَةِ ، حَلَفَ وَأُعْطِيَ حِصَّتَهُ ،
وإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، وَقَفَ حَقُّهُ أَيْضًا . فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَالْمَعْتَوَةُ ، قَامَ وَرَثَتُهُمْ
مَقَامَهُمْ فِي الْيَمِينِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ . فَإِنْ طَالَبَ أَوْلِيَاؤُهُمَا فِي حَيَاتِهِمَا بِحَبْسِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
حَتَّى يَبْلُغَ الصَّبِيُّ ، وَيُفَيِّقَ الْمَجْنُونُ ، وَيَعْقِلَ الْأُخْرَسُ الْإِشَارَةَ ، أَوْ بِإِقَامَةِ كَفِيلٍ ، لَمْ
يُجَابُوا إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ لَا يُسْتَحَقُّ عَلَى مَنْ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَقٌّ .

فصل : وَتَرَكَةُ الْمَيِّتِ يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهَا لَوَرِثَتِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . نَصَّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَفْلَسَ ، ثُمَّ مَاتَ ، قَالَ : قَدْ انْتَقَلَ الْمَبِيعُ^(٥) إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَحَصَلَ مَلِكًا^(٥)
لَهُمْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ الدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ التَّرَكَةَ ، مُنِعَ نَقْلُهَا إِلَى
الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَغْرِقُهَا ، لَمْ يُمْنَعِ انْتِقَالُ شَيْءٍ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِصْطَخَرِيُّ :

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : أ ، ب .

(٤) في الأصل : « البيع » .

(٥) في أ ، ب ، م : « ملكه » .

يُمنع بقدره . وقد أوماً أحمد إلى مثل هذا ؛ فإنه قال ، في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين ، فقال أحد البنين : أنا أعطى ، ودعوا إلى الربيع . فقال أحمد : هذه الدار للغرماء ، لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا^(٦) الدين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده ؛ لأنه منع^(٧) الوارث من إمساك الربيع بدفع قيمته ؛ لأن الدين لم يثبت في ذم الوارث ، فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول ، ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دين الميت . وذلك لأن^(٨) الدين محلله الذمة ، وإنما يتعلق بالتركة ، فيتخير الورثة بين^(٩) قضاء الدين^(٩) منها ، أو من غيرها ، كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء^(١٠) نفقة العبيد ، ولا يكون نماء التركة لهم ، ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة ، أو إلى الغرماء ، أو تبقى للميت ، أو لا تكون لأحد ، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء ؛ لأنها لو / انتقلت إليهم ، لزمهم نفقة الحيوان^(١١) ، وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ، ولا يجوز أن تبقى للميت ؛ لأنه لم يبق أهلاً للملك ، ولا يجوز أن^(١٢) لا تكون^(١٢) لأحد ؛ لأنه مال مملوك ، فلا بد من مالك ؛ لأنها لو بقيت بغير مالك ، لأبيحت لمن يملكها ، كسائر المباحات ، فثبت أنها انتقلت إلى الورثة . فعلى هذا ، إذا تمت التركة ، مثل أن غلب الدار ، وأثمرت النخيل ، ونبتت الماشية ، فهو للوارث ، ينفرد به ، لا يتعلق به حق الغرماء ؛ لأنه نماء ملكه ، فأشبهه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء ؛ كنماء الرهن . ومن اختار الأول ، قال : يتعلق الحق بالرهن أكد ؛ لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ، ولم يمنع التصرف ، فكان أشبه بالجاني . وعلى الرواية الأخرى ، يكون نماء التركة حكمه حكم التركة ، وما يحتاج إليه من المؤنة منها . وإن تصرف الورثة في التركة ، ببيع أو هبة أو قسمة ، فعلى الرواية الأولى ، تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدين وإلا نقصت

(٦) في ١ : « يوفوا » .

(٧) في م : « يمنع » .

(٨) في ١ ، م : « أن » .

(٩-٩) في ١ : « قضائه » .

(١٠) في ب ، م : « للغرماء » .

(١١) في ١ : « الحيوانات » .

(١٢-١٢) في ١ ، ب : « تكون لا » .

تَصَرَّفَاتِهِمْ ، كما لو تَصَرَّفَ السَّيِّدُ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي وَلَمْ يَقْضِ دَيْنَ الْجَنَائِيَةِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، تَصَرَّفَاتِهِمْ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُمْ تَصَرَّفُوا فِيمَا لَمْ يَمْلِكُوهُ .

فصل : إِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ وَأَبَوَيْنِ ، فَادَّعَى الْبَنُونَ أَنَّ أَبَاهُمْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَيْهِمْ فِي صِحَّتِهِ ، وَأَقَامُوا بِذَلِكَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، حَلَفُوا مَعَهُ ، وَصَارَتْ وَقْفًا عَلَيْهِمْ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَبَوَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفُوا مَعَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ وَلَا لَهُ وَصِيَّةٌ ، حَلَفَ الْأَبَوَانِ ، وَكَانَ نَصِيبُهُمَا طَلْقًا لهما ، وَنَصِيبُ الْبَنِينَ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُ بِإِقْرَارِهِمْ . وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، أَوْ وَصَّى بِشَيْءٍ ، قُضِيَ دَيْنُهُ ، وَتَفَدَّتْ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ ، فَمَا حَصَلَ لِلْبَنِينَ / كَانَ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ . وَإِنْ خَلَفَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، كَانَ ثُلُثُ الدَّارِ وَقْفًا عَلَيْهِ ، وَالْبَاقِي يُقْضَى مِنْهُ الدَّيْنُ وَمَا فَضَلَ يَكُونُ مِيرَاثًا ، فَمَا حَصَلَ لِلْاِثْنَيْنِ مِنْهُ كَانَ وَقْفًا عَلَيْهِمَا ، وَلَا يَرِثُ الْحَالِفُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَرِفُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهَا شَيْئًا سِوَى مَا وَقَفَ عَلَيْهِ . وَإِنْ خَلَفُوا كُلُّهُمْ ، فَتَبَّتِ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا عَلَى بَطْنٍ ، ثُمَّ عَلَى بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ أَبَدًا ، أَوْ مُشْتَرَكًا ، فَإِنْ كَانَ مُرْتَبًا ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْأَوْلَادُ الثَّلَاثَةُ ، انْتَقَلَ الْوَقْفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ، بَغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَّتْ كَوْنُهُ وَقْفًا بِالشَّاهِدِ ^(١٣) وَيَمِينِ الْأَوْلَادِ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ مِنْ انْتَقَالِهِ ^(١٤) إِلَيْهِ إِلَى يَمِينَةٍ ، كَمَا لَوْ تَبَّتْ بِشَاهِدَيْنِ ، وَكَمَا لِلْمُورُوثِ . وَكَذَلِكَ إِذَا انْقَرَضَ الْأَوْلَادُ ، وَرَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، لَمْ يَحْتَاجُوا فِي ثُبُوتِهِ لَهُمْ إِلَى يَمِينٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ انْقَرَضَ أَحَدُ الْأَوْلَادِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُهُ مِنْهُ إِلَى إِخْوَتِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ انْتِقَالَهُ ^(١٥) إِلَيْهِ ، بَغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ امْتَنَعَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنَ الْيَمِينِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ نَصِيبَهُمْ يَكُونُ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا ، كَانَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَى حَسَبِ مَا أَقْرَأُوا بِهِ ، فَإِنْ كَانَ إِقْرَارُهُمْ أَنَّهُ وَقَفَ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، فَقَالَ أَوْلَادُهُمْ : نَحْنُ نَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِنَا ، لَنَكُونَ جَمِيعُ الدَّارِ وَقْفًا لَنَا . فَلَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْقُلُونَ الْوَقْفَ مِنَ الْوَاقِفِ ، فَلَهُمْ إِثْبَاتُهُ ، كَالْبَطْنِ الْأَوَّلِ . فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ أَحَدُ الْبَنِينَ ، وَتَكَلَّمَ أَخُوهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْحَالِفُ ؛ نَظَرْتُ ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ إِخْوَتِهِ ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى أَوْلَادِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « بِالشَّاهِدِينَ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَقِل » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

وإن مات في حياة إخوته ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، يُصَرَّف إلى إخوته ؛ لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول . والثاني ، ينتقل إلى أولاده ؛ لأن أخويه أسقطا حقهما بتركولهما ، فصارا كالمعدومين . والثالث ، يُصَرَّف إلى أقرب عَصَبَةٍ الواقف ؛ ^(١٦) لأنه لم يمكن صرْفه إلى الأخوين ، ولا إلى البطن الثاني ، لما ذكرنا ، فيُصَرَّف إلى أقرب عَصَبَةٍ الواقف ^(١٧) ، إلى أن يموت الأخوان ، ثم يعود إلى البطن الثاني . والأول أصح ؛ لأن الأخوين لم يُسقطا حقوقهما ، وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ، ثبت الوقف من غير يمين ، وههنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني ، فوجب أن يُصَرَّف إليهما ؛ لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له ^(١٨) . فإن قيل : فإذا كان البطن الثاني صغاراً ، فما حصل الاعتراف منهم . قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه ، وبالبيّنة التي ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثاني ، فاكْتَفَى بذلك في انتقاله إلى الأخوين ، كما كُتِفَى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين ، ويدل على صحة هذا ، أننا اكتفينا بالبيّنة في أصل الوقف ، وفي كَيْفِيَّتِهِ ، وصِفَتِهِ ، وتَرْتِيبِهِ ، فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يُكْتَفَى به فيه . فأما إن كان شرطُ الواقف ^(١٩) أنْ مَنْ مات منهم عن ولد ، انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنه ^(٢٠) لا مُنَازَعَ لهم فيه . وإن مات عن ^(٢١) غير ولد ، انتقل إلى أخويه ^(٢٢) ، على الوجه الصحيح ، ويُخَرَّجُ فيه الوجهان الآخريان . الحال الثاني ، إذا كان الوقف مُشْتَرَكًا ، وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده ، وولد ولده مائتاسلوا ، فقد شَرَكَ بين البطون ، ففي هذه الحال ، إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجودًا ، ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجودًا ، فهو شريكهم ، فإن كان كبيرًا حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثًا

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) في ب : « الوقف » .

(١٩) في ب : « لأنهم » . وسقط من : الأصل .

(٢٠) في الأصل ، ب ، م : « من » .

(٢١) في الأصل : « إخوته » .

تُقْضَى مِنْهُ الدُّيُونُ، وَتُنْفَذُ الْوَصَايَا، وَبَاقِيهِ لِلْوَرِثَةِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْوَقْفَ / ابتداءً من الواقف بغير ١١/ ١٠٠ ظ
وَاسِطَةٍ، فَهُوَ كَأَحَدِ الْبَنِينَ. وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، أَوْ حَدَثَ لِأَحَدِ الْبَنِينَ وَلَدٌ يُشَارِكُهُمْ فِي
الْوَقْفِ، أَوْ كَانَ أَحَدُ الْبَنِينَ صَغِيرًا، أَوْ قَفَ^(٢٢) نَصِيْبُهُ مِنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ، وَلَا يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ
حَتَّى يَبْلُغَ، فَيَحْلِفُ أَوْ يَمْتَنِعَ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْوَقْفَ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ. فَإِنْ قِيلَ: فَلِمَ لَمْ
يَسْتَحِقْ بغير يَمِينٍ، لَكَوْنِ الْبَنِينَ الْمُسْتَحِقِّينَ مُعْتَرِفِينَ لَهُ بِذَلِكَ، فَيَكْتَفَى بِاعْتِرَافِهِمْ، كَمَا
لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ فَاعْتَرَفُوا لِصَغِيرٍ مِنْهَا بِشِرْكِهِ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ؟ قُلْنَا: الْفَرْقُ
بَيْنَهُمَا أَنَّ الدَّارَ الَّتِي فِي أَيْدِيهِمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا مَنَازِعٌ، وَلَا يُوجِبُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ فِيهَا يَمِينٌ،
وَهَذِهِ يُنَازِعُهُمْ فِيهَا الْأَبْوَانُ، وَأَصْحَابُ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ بِأَيْمَانِهِمْ، فَإِذَا
أَقْرَأُوا بِمُشَارِكِهِمْ، فَقَدْ اعْتَرَفُوا بِأَنَّهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِيَمِينِهِ، كَمَا لَا يَسْتَحِقُّ
وَاحِدٌ مِنْهُمْ إِلَّا بِالْيَمِينِ. وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًّا عَلَى بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ، فَإِنَّهُ لَا يُشَارِكُهُمْ
أَحَدٌ مِنَ الْبَطْنِ الثَّانِي. فَإِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ الْمَوْقُوفَ نَصِيْبُهُ، فَحَلَفَ، كَانَ لَهُ، وَإِنْ أَمْتَنَعَ
نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَ^(٢٣) مَوْجُودًا حِينَ الدَّعْوَى، أَوْ قَبْلَ حَلْفِهِمْ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِيرَاثًا، كَمَا لَوْ
كَانَ بِالْعَا، فَامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ، فَإِذَا^(٢٤) حَدَثَ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ وَثُبُوتِ الْوَقْفِ نَمَاءً، كَانَ لَهُ
نَصِيْبُهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ بِأَيْمَانِ الْبَنِينَ، فَلَا يَبْطُلُ بِامْتِنَاعٍ مِنْ حَدَثٍ،
إِلَّا أَنَّهُ إِنْ أَقْرَأَتْهَا لَيْسَتْ وَقْفًا، وَكَذَّبَ الْبَنِينَ فِي ذَلِكَ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِنَ الْعَلَّةِ مِيرَاثًا، حُكْمُهُ
حُكْمُ^(٢٥) نَمَاءِ الْمِيرَاثِ، وَإِنْ لَمْ يُكَذِّبْهُمْ، فَنَصِيْبُهُ وَقَفٌ لَهُ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنْ أَمْتَنَعَ مِنَ
الْيَمِينِ، رُدَّ نَصِيْبُهُ إِلَى الْأَوْلَادِ الثَّلَاثَةِ، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ مَنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَالْحَادِثِ / ١١/ ١٠١ و
بَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا بغير يَمِينِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ الثَّابِتُ
بأَيْمَانِهِمْ، فَتَعَيَّنَ رَدُّ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِمْ. وَلَنَا، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَحَلْفِهِمْ،
فَهُوَ شَرِيكُهُمْ حِينَ يَثْبُتُ الْوَقْفُ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَثْبُتَ الْوَقْفُ فِي نَصِيْبِهِ بغير يَمِينِهِ،
كَالْبَالِغِ، وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْوَقْفِ بِأَيْمَانِهِمْ، فَهُمْ مُقَرُّونَ لَهُ بِمَالٍ، وَلَئِنْهُمْ يُقَرُّونَ

(٢٢) فِي ١، ب، م: «وقف».

(٢٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ.

(٢٤) فِي ١: «فإن». وَفِي ب: «وإن».

(٢٥) سَقَطَ مِنْ: ١.

بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف ، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك . وإن مات الصغير قبل بلوغه ، قام وارثه مقامه ، فيما ذكرنا . وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير ، وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت ، وكان الحكم فيه ، كالحكم^(٢٦) في نصيبه الأصلي . وقال القاضي : إن بلغ فامتنع من اليمين ، فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ، ويُقسَّم عليه^(٢٧) بين البالغين وورثة الميت ؛ لأنه كان بين الثلاثة ، ونصيبه^(٢٨) من الميت^(٢٩) للبالغين الحيين خاصة ؛ لأنهما مستحقا الوقف .

١٩١٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعى دَعْوَى ، وَذَكَرَ أَنْ يَبْتَنِيهِ بِالْبَعْدِ مِنْهُ ، فَحَلَفَ الْمُدَّعى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَحْضَرَ الْمُدَّعى بَيْنَتَهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَلَمْ تَكُنِ الْيَمِينُ مُزِيلَةً لِلْحَقِّ)

وجملته أن المدعى إذا ذكر أن يبتنيه بعيدة منه ، أو لا يمكنه إحضارها ،^(١) أو لا يريد إقامتها ، فطلب اليمين من المدعى عليه ، أخلف له ، فإذا حلف ، ثم أحضر المدعى بينته ، حُكِمَ له . وبهذا قال شريح ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والثَّوْرِيُّ ، والليث ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وإسحاق . وحكى عن ابن أبي ليلى ، وداود ، أن يبتنيه لا تُسْمَعُ ؛ لأنَّ اليمين حجة المدعى عليه ، فلا تُسْمَعُ بعدها حجة المدعى ، كما لا تُسْمَعُ يمين المدعى عليه بعد بينته المدعى . ولنا ، قول عمر ، رضي الله عنه : البينة / الصادقة ، أحب إلى من اليمين الفاجرة^(٢) . وظاهر هذه البينة الصدق ، ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة ، فتكون أولى ، ولأنَّ كلَّ حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره ، يجب عليه بالبينة ، كما قبل اليمين ، وما ذكرناه^(٣) لا يصح ؛ لأنَّ البينة الأصل ، واليمين بدل عنها .

ظ ١٠١/١١

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨-٢٩) سقط من : أ .

(١-٢) في ب : « ولا » .

(٢) ذكره وكيع ، عن شريح وليس عن عمر ، في أخبار القضاة ٣٤٢/٢ .

(٣) في ب : « ذكرناه » . وفي م : « ذكره » .

ولهذا لا تُشرعُ إلا عند تعدُّرها ، والبَدَلُ يَبْطُلُ بالقُدرةِ على المُبَدِّلِ ، كِبُطْلانِ التَّيَمُّمِ بالقُدرةِ على الماءِ ، ولا يَبْطُلُ الأَصْلُ بالقُدرةِ على البَدَلِ ، ويَدُلُّ على الفَرْقِ بينهما ، أنَّهما حالُ اجتماعِهما ، وإمكانِ سَماعِهما ، تُسْمَعُ البَيِّنَةُ ، ويُحْكَمُ بها ، ولا تُسْمَعُ الِیَمینُ ، ولا يُسألُ عنها .

فصل : وإن طَلَبَ المُدَّعی حَبْسَ المُدَّعی علیه ، أو إقامةَ كَفيلٍ به إلى أن تَحْضُرَ بَيِّنَتُهُ البَعِيدَةُ ، لم يَقْبَلْ منه ، ولم يَكُنْ له مُلازِمَةٌ حَصْمِهِ . نَصَّ عليه أحمدٌ ؛ لأنَّهُ لم يَثْبُتْ له قَبْلَهُ حَقٌّ يُحْبَسُ به ، ولا يُقِيمُ به كَفيلًا ، ولأنَّ الحَبْسَ عَذَابٌ ، فلا يَلْزَمُ مَعْصُومًا لم يَتَوَجَّهْ عليه حَقٌّ ، ولأنَّهُ لو جازَ ذلك ، لَتَمَكَّنَ كُلُّ ظالِمٍ من حَبْسِ مَنْ شاءَ من النَّاسِ بِغَيْرِ حَقٍّ . وإن كَانَتْ بَيِّنَتُهُ قَرِيبَةً ، فَلَهُ مُلازِمَتُهُ حتى يُحْضِرَها ؛ لأنَّ ذلكَ مِنْ ضَرُورَةِ إقامَتِها ، فإنَّهُ لو لم يَتَمَكَّنْ مِنْ مُلازِمَتِهِ ، لَذَهَبَ مِنْ مَجْلِسِ الحَاكِمِ ، ولا تُمْكِنُ إقامَتُها إلا بِحَضْرَتِهِ ، ولأنَّهُ لما تَمَكَّنَ مِنْ إحْضارِهِ مَجْلِسَ الحَاكِمِ لِيُقِيمَ البَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، تَمَكَّنَ مِنْ مُلازِمَتِهِ فيه حتى تَحْضُرَ البَيِّنَةُ . وتُفَارِقُ البَيِّنَةُ البَعِيدَةُ ، أو مَنْ لا يُمْكِنُ حُضُورُها ، فإنَّ إلزامَهُ الإقامةَ إلى حينِ حُضُورِها يَحْتَاجُ إلى حَبْسٍ ، أو ما يَقُومُ مَقامَهُ ، ولا سَبِيلَ إليه .

فصل : ولو أَقامَ المُدَّعی شَاهِدًا واحدًا ، ولم يَحْلِفْ معه ، وطلبَ يَمينَ المُدَّعی عليه ، / أَحْلَفَ له ، ثم إن^(٤) أَحْضَرَ شَاهِدًا آخَرَ بَعْدَ ذلك ، كَمَلَتْ بَيِّنَتُهُ ، وَقُضِيَ بها ؛ ١١/٢٠١ وما ذَكَرْنَا في التِّي قَبْلَها . وإن قال المُدَّعی : لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ ، وأريدُ إِحْلَافَ المُدَّعی عَلَيْهِ ، ثم أَقِيمَ البَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، ففِيهِ وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لَهُ ذلكَ ، وَيَسْتَحْلِفُ حَصْمَهُ ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِحْلَافَهُ إِذَا كَانَتْ بَيِّنَتُهُ بَعِيدَةً ، فَكَذلكَ إِذَا كَانَتْ قَرِيبَةً ؛ ولأنَّهُ لو قال : لا أريدُ إِقامةَ بَيِّنَتِي القَرِيبَةِ . مَلَكَ اسْتِحْلَافَهُ ، فَكَذلكَ إِذَا أَرَادَ إِقامَتَها . الثَّانِي ، لا يَمْلِكُ اسْتِحْلَافَهُ ؛ لأنَّ في البَيِّنَةِ غُنْيَةً عَنِ الِیَمینِ ، فلم تُشرعْ معها ؛ ولأنَّ البَيِّنَةَ أَصْلٌ ، وَالِیَمینَ بَدَلٌ ، فلا يُجْمَعُ بَيْنَ البَدَلِ وَالْأَصْلِ ، كالتَّيَمُّمِ مع الماءِ . وفارَقَ البَعِيدَةُ ، فَإِنَّها في الحالِ كالمُعْدُومَةِ لِلْعَجْزِ عَنِها ، وَكَذلكَ التِّي لا يَريدُ إِقامَتَها ؛ لأنَّهُ قد تَكونُ عَلَيْهِ مَشَقَّةٌ في إِحْضارِها ، أو عَلَيْهِ في الحُضُورِ مَشَقَّةٌ ، فَيَسْقُطُ ذلكَ لِلْمَشَقَّةِ ، بِخِلَافِ التِّي يُريدُ إِقامَتَها .

(٤) سقط من : ب .

١٩١٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْيَمِينُ الَّتِي يَرَاهَا الْمَطْلُوبُ ، هِيَ ^(١) الْيَمِينُ بِاللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَالِفُ كَافِرًا)

وجملته ، أنَّ اليمينَ المشروعةَ في الحقوقِ التي يَرَاهَا المطلوبُ ، هي اليمينُ باللهِ تعالى . في قولِ عامةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّ مالكا أحبَّ أنْ يحلفَ باللهِ الذي لا إلهَ إلا هو ، وإن استخلفَ جاكُم باللهِ ، أجراً . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا أحبُّ إلَيَّ ؛ لأنَّ ابنَ عباسٍ روى ، أنَّ رسولَ الله ﷺ استخلفَ رجلاً ، فقال له : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَا لَهُ عِنْدَكَ شَيْءٌ » . رواه أبو داود ^(٢) . وفي حديثِ عُمرَ ، حين حلفَ لأبيِّ ، قال ^(٣) : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنْ التَّخَلَّ لَنَحْلِي ، وما لأبيِّ فيها شَيْءٌ ^(٤) . وقال الشافعيُّ : إن كان المُدَّعى قِصَاصًا ، أو عِتَاقًا ، أو حَدًّا ، أو ما لَا يَبْلُغُ نِصَابًا غُلْظَتِ الْيَمِينُ ، فَيَحْلِفُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، عالمٌ / العَيْبُ والشَّهَادَةُ ، الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ ، الذي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ ما يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ . وقال في القَسَامَةِ : عالمٌ خائِئَةُ الْأَعْيُنِ وما تُخْفِي الصُّدُورُ . وهذا اخْتِيَارُ أَبِي الْحَطَّابِ . وذكر القاضي أنَّ هذا في أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ خَاصَّةً ^(٥) ، وليس بِشَرْطٍ . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْوَلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا ﴾ ^(٦) . وقال تعالى : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهِدَتَيْهِمَا ﴾ ^(٧) . وقال تعالى في اللِّعَانِ : ﴿ فَشَهِدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهِدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ^(٨) . وقال تعالى : ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَنِهِمْ ﴾ ^(٩) . قال بعضُ أهلِ التفسيرِ : مَنْ أَقْسَمَ بِاللَّهِ ، فَقَدْ أَقْسَمَ جَهْدَ الْيَمِينِ . واستخلفَ النَّبِيُّ ﷺ رُكَائَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيدَ فِي الطَّلَاقِ ، فقال :

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب كيف اليمين ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٩ ، ٢٨٠ .

(٣) تقدم تخرجه ، في : ٤٤٢/١٣ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سورة المائدة ١٠٦ .

(٦) سورة المائدة ١٠٧ .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٥٣ .

« اللَّهُ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً »^(٩) . وفي حديث الحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « أَلَا بَيِّنَةٌ ؟ » . قال : لا ، ولكنْ أَحْلَفُهُ ، وَاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي غَصْبَيْنِهَا . رواه أَبُو دَاوُدَ^(١٠) . وقال عِثْمَانُ لابْنُ عَمَرَ : تَحْلِفُ بِاللَّهِ لِقَدْبِعَتِهِ وَمَا بِهِ دَاءٌ تَعْلَمُهُ^(١١) . وَلَأَنَّ فِي اللَّهِ^(١٢) كَفَايَةً ، فَوَجِبَ أَنْ يُكْتَفَى بِاسْمِهِ فِي الْيَمِينِ ، كَالْمَوْضِعِ الَّذِي سَلَّمُوهُ . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعَمَرَ ، فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الِاسْتِحْلَافِ كَذَلِكَ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ يَدُلُّ عَلَى الِاكْتِفَاءِ بِاسْمِ اللَّهِ وَحْدَهُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْبَاقُونَ فَتَحَكُّمٌ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا قِيَاسٌ يَقْتَضِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ جَمِيعًا بِاللَّهِ تَعَالَى ، لَا يَحْلِفُ أَحَدٌ بغيرِهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ حَالِفًا ، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ »^(١٣) .

فصل : وَتَشْرَعُ الْيَمِينُ فِي حَقِّ كُلِّ مُدَّعِي عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَذْلًا أَوْ فَاسِقًا ، امْرَأَةً أَوْ رَجُلًا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(١٤) . وَرَوَى شَيْقِيقٌ ، عَنْ الْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ ، / قَالَ : كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ أَرْضٌ ، فَجَحَدَنِي ، فَقَدَّمْتُهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ ؟ » . قُلْتُ : لَا . قَالَ لِلْيَهُودِيِّ : « احْلِفْ » . قُلْتُ : إِذَا يَحْلِفُ ، فَيَذْهَبُ بِمَالِي . فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾^(١٥) . إِلَى آخِرِ الْآيَةِ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَهَ^(١٦) . وَفِي حَدِيثِ الْحَضْرَمِيِّ ، قُلْتُ : إِنَّهُ رَجُلٌ فَاجِرٌ ،

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٤/١٠ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(١١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب العيب في الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٣/٢ . والبيهقي ، في : باب بيع البراءة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٢٨/٥٠ . وعبد الرزاق ، في : باب البيع بالبراءة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٦٢/٨ ، ١٦٣ .

(١٢) في ١ : « ذلك » .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٦/١١ .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ .

(١٥) سورة آل عمران ٧٧ .

(١٦) أخرجه البخاري ، في : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب سؤال الحاكم =

لا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . قَالَ : « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ ^(١٧) إِلَّا ذَلِكَ » .

١٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَهُودِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ
التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى . وَإِنْ كَانَ نَصْرَانِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى
عِيسَى . وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَوَاضِعٌ يُعْظَمُونَهَا ، وَيَتَوَقَّونَ ^(١٨) أَنْ يَخْلِفُوا فِيهَا كَاذِبِينَ ، حَلَفُوا
فِيهَا)

ظاهر كلام الخرقى ، رحمه الله ، أَنَّ اليمينَ لا تُغْلَظُ إِلَّا فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَلَا تُغْلَظُ فِي
حَقِّ الْمُسْلِمِينَ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ . وَوَجْهُ تَغْلِيظِهَا فِي حَقِّهِمْ ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ،
قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - يَعْنِي لِلْيَهُودِ ^(١٩) - : « نَشَدْتُكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ التَّوْرَةَ عَلَى
مُوسَى ، مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ عَلَى مَنْ رَزَى ؟ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٠) . وَكَذَلِكَ قَالَ
الْخَرَقِيُّ : تُغْلَظُ بِالْمَكَانِ ، فَيُحْلَفُ فِي ^(٢١) الْمَوَاضِعِ الَّتِي يُعْظَمُهَا ^(٢٢) ، وَيَتَوَقَّى الْكَذِبَ فِيهَا . وَلَمْ
يَذْكُرِ التَّغْلِيظَ بِالزَّمَانِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : إِنْ رَأَى التَّغْلِيظَ فِي الْيَمِينِ فِي اللَّفْظِ بِالزَّمَانِ
وَالْمَكَانِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قَالَ : وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَذَكَرَ التَّغْلِيظَ فِي حَقِّ
الْمَجُوسِيِّ ، قَالَ : فَيُقَالُ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي خَلَقَنِي وَرَزَقَنِي . وَإِنْ كَانَ وَثَنِيًّا / حَلَفَهُ بِاللَّهِ
وَحْدَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ يَعْبُدُ اللَّهَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُحْلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

=المدعى : هل لك بينة قبل اليمين ، من كتاب الشهادات . صحيح البخارى ١٥٩/٣ ، ١٦٠ ، ٢٣٢ . وأبو داود ،
في : باب في من حلف يميناً يقطع بها مالا لأحد ، من كتاب النذور والأيمان . سنن أبي داود ١٩٧/٢ . وابن ماجه ، في :
باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ .
كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في اليمين الفاجرة يقطع بها مال المسلم ، من أبواب البيوع ، وفي : باب سورة آل
عمران ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٧١/٥ ، ١٢٢/١١ ، ١٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٤٢٦ ، ٣٧٩/١ .

(١٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٨) في الأصل : « ويتقون » .

(١٩) في ب : « اليهود » .

(٢٠) في : باب رجم اليهوديين ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٦٥/٢ ، ٤٦٦ .

وتقدم تخريجهم ، عن ابن عمر ، في : ٣٦٤/١٢ .

(٢١-٢٢) في الأصل : « الموضع التي يعلمها » . وفي ١ : « المكان التي يعظمها » .

« مَنْ كَانَ حَالِفًا ، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ ، أَوْ لِيَصُمْتُ »^(٥) . ولأنَّ هذا (٦) إن لم يكن^(٦) يَغْتَدُّ هذه يَمِينًا ، فَإِنَّهُ يَزِيدُهَا إِثْمًا وَعُقُوبَةً ، وَرَبَّمَا عَجَلَتْ عُقُوبَتُهُ ، فَيَتَعَطَّ بِذَلِكَ ، وَيَعْتَبِرُ بِهِ غَيْرُهُ . وهذا كُلُّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْيَمِينِ ، وَإِنَّمَا لِلْحَاكِمِ فَعْلُهُ إِذَا رَأَى . وَمَنْ قَالَ : يَسْتَحْلِفُ أَهْلَ الْكِتَابِ بِاللَّهِ وَحْدَهُ . مَسْرُوقٌ ، وَأَبُو عُيَيْدَةَ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ^(٧) ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ كَعْبٍ بْنُ سُورٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو عُيَيْدٍ . وَمَنْ قَالَ : لَا يُشْرَعُ التَّغْلِيطُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فِي حَقِّ مُسْلِمٍ . أَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : تُغْلَظُ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ؛ فَقَالَ مَالِكٌ : يُحْلَفُ فِي الْمَدِينَةِ عَلَى مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَيُحْلَفُ قَائِمًا ، وَلَا يُحْلَفُ قَائِمًا إِلَّا عَلَى مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَيُسْتَحْلِفُونَ فِي غَيْرِ الْمَدِينَةِ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ ، وَلَا يُحْلَفُ عِنْدَ الْمَنْبَرِ إِلَّا عَلَى مَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ فَصَاعِدًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ دِرَاهِمٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُسْتَحْلَفُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ بِمَكَّةَ ، وَفِي الْمَدِينَةِ عِنْدَ مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي الْجَوَامِعِ عِنْدَ الْمَنْبَرِ ، وَعِنْدَ الصَّخْرَةِ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ ، وَتُغْلَظُ فِي الزَّمَانِ فِي الْأَسْتِحْلَافِ بَعْدَ الْعَصْرِ ، وَلَا تُغْلَظُ فِي الْمَالِ إِلَّا فِي نَصَابٍ فَصَاعِدًا ، وَتُغْلَظُ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقَالَ ابْنُ جَرِيرٍ : تُغْلَظُ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . وَاجْتَبَوْا بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَخْسِرُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْكَلْمَةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾^(٨) . قِيلَ : أَرَادَ بَعْدَ الْعَصْرِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى مَنْبَرِي هَذَا / يَمِينِ آثِمَةٍ ، فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ »^(٩) . فَثَبَّتَ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ تَأْكِيدَ الْيَمِينِ . وَرَوَى مَالِكٌ ، قَالَ : اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٦/١١ .

(٦-٦) سقط من : ب .

(٧) أبو عبيدة عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي الكوفي ، ويقال : اسمه كنيته ، تابعي ، ثقة ، فقد ليله دجيل ، وكانت سنة إحدى وثمانين . وقيل : سنة اثنتين وثمانين . تهذيب التهذيب ٧٥/٥ ، ٧٦ .

(٨) سورة المائدة ١٠٦ .

(٩) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان . سنن أبي داود ١٩٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب اليمين عند مقاطع الحقوق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحث على منبر النبي ﷺ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥١٨ ، ٣٢٩/٢ .

ثابت وابن مطيع، في دار كانت بينهما، إلى مروان بن الحكم، فقال زيد: أخلف له مكاني . فقال مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق . قال: فجعل زيد يخلف أن حقه لحق، ويأبى أن يخلف عند المنبر، فجعل مروان يعجب^(١٠). ولنا، قول الله تعالى: ﴿فَأَخْرَجَ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولَىٰ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدْنَا أَمَّا مِنْ شَهَدْتُهُمَا﴾^(١١). ولم يذكر مكاناً ولا زمناً، ولا زيادة في اللفظ . واستخلف النبي ﷺ رُكَّانَةً فِي الطَّلَاقِ، فقال: «آلله ما أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً؟». قال: آله ما أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً^(١٢). ولم يُعْلَظْ يَمِينُهُ بَزْمَنِ، ولا مَكَانٍ، ولا زيادة لفظ، وسائر ما ذكرنا في التي قبلها . وحلف عمر لأبي حنيفة كما إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد^(١٣). وقال عثمان لابن عمر: تخلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه^(١٤)؟ وفيما ذكره^(١٥) تقييد لمطلق هذه التصوصي، ومخالفة الإجماع . فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان، مع من حضرهما، لم يُنكَرْ، وهو في^(١٦) محل الشهرة، فكان إجماعاً . وقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾^(١٧) . إنما^(١٨) كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر، وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع؛ منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استخلاف الشاهدين، ومنها استخلاف خصوصهما عند العثور على استحقاقهما الإثم، وهم لا يعملون^(١٩) بها أصلاً، فكيف يحتجون بها؟ ولما ذكر أئمان

(١٠) أورده الإمام مالك، في: باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر، من كتاب الأفضية . المطأ ٢/٧٢٨ .
وانظر ما أورده البخاري، في: باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ٣/٢٣٤ .

(١١) سورة المائدة ١٠٧ .

(١٢) تقدم تخريجه، في: ٣٦٤/١٠ .

(١٣) تقدم تخريجه، في: ٤٤٢/١٣ .

(١٤) سقط من: م . وتقدم تخريجه، في: صفحة ٢٢٣ .

(١٥) في الأصل: «ذكره» .

(١٦) سقط من: ب .

(١٧) في الأصل، أ، م: «وإنما» .

(١٨) في النسخ: «يعلمون» .

المسلمين أطلقَ اليمينَ ، ولم يُقَيِّدها . والاحتجاجُ بهذا^(١٩) أولى من المصيرِ إلى ما خولِفَ فيه القياسُ^(٢٠) وتركُ العملِ به . وأما حديثُهم ، / فليس فيه دليلٌ على مشروعيةِ اليمينِ عند ١٠٤/١١ ظ
المنبرِ ، إنما فيه تغليظُ الإنثِم^(٢١) على الحالفِ عنده ، ولا يلزمُ من هذا الاستحلافُ عنده .
وأما قصةُ مروانَ ، فمن العجبِ احتجاجُهم بها ، وذهابُهم إلى قولِ مروانَ في قضيةِ خالفه
زيدُ فيها ، وقولُ زيدٍ ، فقيهِ الصحابةِ وقاضيهما وأقرضيهما ، أحقُّ أن يُحتجَّ به من قولِ مروانَ ؛
فإنَّ قولَ مروانَ لو انفردَ ، ما جازَ الاحتجاجُ به ، فكيف يجوزُ الاحتجاجُ به على مخالفةِ
إجماعِ الصحابةِ ، وقولِ أئمتهم وفقهائهم^(٢٢) ، ومخالفته فعلَ النبيِّ ﷺ ، وإطلاقَ
كتابِ الله تعالى ؟ وهذا ما لا يجوزُ . وإنما ذكرَ الخرقى التَّغْلِيظَ بالمكانِ واللَّفْظَ في حقِّ
الدُّمِّيِّ ، لِاستِحلافِ النبيِّ ﷺ اليهودَ ، بقوله : « نَشَدْتُكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ
عَلَى مُوسَى » . ولقولِ الله تعالى في حقِّ الكتابيينَ : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾ .
ولأنَّه روى عن كعبِ بنِ سورٍ ، في نصرانيٍّ قال : اذهبوا به إلى المذبح ، واجعلوا الإنجيلَ في
حجره ، والتَّوراةَ على رأسه . وقال الشَّعْبِيُّ في نصرانيٍّ : اذهبْ به إلى البيعةِ ، فاستحلفه بما
يُستحلفُ به مثله . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعلمُ حُجَّةً تُوجِبُ أنْ يُستحلفَ في مكانٍ بعينه ،
ولا ييمينَ غيرَ^(٢٣) الذي يُستحلفُ^(٢٤) بها المسلمون . وعلى كُلِّ حالٍ ، فلا خلافَ بين أهلِ
العلمِ ، في أنَّ التَّغْلِيظَ بالزمانِ والمكانِ والألفاظِ غيرُ واجبٍ ، إلَّا أنَّ ابنَ الصَّبَّاحِ ذكرَ أنَّ في
وُجوبِ التَّغْلِيظِ بالمكانِ قولينِ للشَّافِعِيِّ . وخالفه ابنُ القَاصِّ ، فقال : لا خلافَ بين أهلِ
العلمِ ، في أنَّ القاضِيَ حيثُ استحلفَ المدَّعى عليه في عمله وبلدِ قضاياه^(٢٥) ، جازَ ، وإنما
التَّغْلِيظُ بالمكانِ فيه اختيارٌ . فيكونُ التَّغْلِيظُ عندَ مَنْ رآه اختياراً واستحساناً .

فصل : قال ابنُ المُنْذِرِ : لم نجدَ أحداً يُوجبُ اليمينَ بالمُصَحِّفِ . وقال الشَّافِعِيُّ :

رَأَيْتُهُمْ يُؤَكِّدُونَ بِالْمُصَحِّفِ ، وَرَأَيْتُ ابْنَ مَازِينَ ، وَهُوَ / قَاضٍ بِصَنْعَاءَ ، يُغْلِظُ اليمينَ ١٠٥/١١ و

(١٩) في ب : « بها » .

(٢٠) في ب : « بالقياس » .

(٢١) في م : « اليمين » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) - (٢٢) في ١ : « المستحلف » .

(٢٤) في الأصل : « قضاياه » .

بالمُصْحَفِ . قال أصحابه : فُعِلَظَ عليه بإحضار المُصْحَفِ ؛ لَأَنَّهُ يَشْتَمِلُ على كلام الله تعالى وأسمائه . وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين ، وفعله ^(٢٥) الخلفاء الراشدون ^(٢٦) وقضااتهم ، من غير دليل ولا حجة يُستند إليها ، ولا يُترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه ^(٢٧) لفعل ابن مازن ولا غيره .

١٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَخْلِفُ الرَّجُلُ فِيمَا عَلَيْهِ عَلَى الْبَيْتِ . وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ ^(١) عَلَى ذَيْنِ الْمَيْتِ عَلَى الْعِلْمِ)

معنى البَيْتِ : القطع . أى يَخْلِفُ بالله ماله على شيء . وجمله الأمر أن الأيمان كلها على البَيْتِ والقطع ، إلا على نفي فعل الغير ، فإنها على نفي العلم . وهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . وقال الشعبي ، والنخعي : كلها على العلم . وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد . وذكر أحمد حديث الشَّيبَانِي ، عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَضْطَرُّوا النَّاسَ فِي أَيْمَانِهِمْ أَنْ يَخْلِفُوا عَلَى مَا لَا يَعْلَمُونَ » ^(٢) . ولأنه لا يُكَلِّفُ مَا لَا عِلْمَ لَهُ بِهِ . وقال ابن أبي ليلى : كلها على البَيْتِ ، كما يَخْلِفُ على فعل نفسه . ولنا ، حديث ابن عباس ، أن النَّبِيَّ ﷺ استحلف رجلاً فقال له : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَالَهُ عَلَيْكَ حَقٌّ » ^(٣) . وروى ^(٤) الأشعث بن قيس ، أن رجلاً من كِنْدَةَ ، ورجلاً من حَضْرَمَوْتَ ، اختصما إلى النَّبِيِّ ﷺ ، في أرض من اليمن ، فقال الحَضْرَمِيُّ : يا رسول الله ، إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا ، وهي في يده . فقال : « هَلْ لَكَ بَيْنَهُ ؟ » . قال : لا ، ولكن ، أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها ^(٥) أبوه . فتهبأ الكِنْدِيُّ لليمين . رواه أبو داود ^(٦) . ولم يُنكر ذلك النَّبِيُّ ﷺ . وما ذكروه لا يصح ؛ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ ^(٧) الإحاطة بفعل

(٢٥) أى : وعلى ما فعله الخلفاء .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(١) في الأصل : « للوارث » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب اليمين بما يصدقك صاحبك ... ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف ٤٩٤/٨ .

(٣) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٢٢٢ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في الأصل ، ١ : « اغتصبها » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(٧) في ١ : « عليه » .

نفسه ، ولا يُمكنه ذلك في فعلٍ غيره ، فافترقا في اليمين ، كما اُفتقرت الشهادة ، فإنَّها / تكون بالقطع فيما يُمكن القطع فيه من العقود ، وعلى الظن فيما لا يُمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا تُمكن الإحاطة بآثاره ، كالشهادة على أنَّه لا وارث له غيرُ فلانٍ وفلان . وحديثُ القاسم بن عبد الرحمن ، مَحْمُولٌ على اليمين على نفي فعلٍ الغير . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه يَحْلِفُ فيما عليه على البتِّ ، نَفْيًا كان أو إثباتًا . وأمَّا ما يتعلَّق بفعلٍ غيره ، فإن كان إثباتًا ، ^(٨) مثل أن يدَّعى أنَّه أقرَّ أو باع ، ويُقيم شاهدًا بذلك ، فإنَّه يَحْلِفُ مع شاهده على البتِّ والقطع . وإن كان على نفي العلم ^(٩) ، مثل أن يدَّعى عليه دينٌ أو غصبٌ أو جناية أو خيانة ^(١٠) ، فإنَّه يَحْلِفُ على نفي العلم ، لا غير . وإن حلفَ عليه على البتِّ كفاه ، وكان التَّقديرُ فيه العلم ، كما في الشَّاهد إذا شهدَ بَعْدَ الوَرثة ، وقال : ليس له وارثٌ غيرهم . سَمِعَ ذلك ، وكان التَّقديرُ فيه عِلْمه . ولو ادَّعى عليه أن عبده جنى أو استدان ، فأنكرَ ذلك ، فَيَمِينُهُ على نفي العلم ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نفي فعلٍ الغير ، فأشبهت يَمِينَ الوارث على نفي الموروث .

فصل : قال ابنُ أبي موسى : اختلف قولُ أحمد ، في مَنْ باعَ سِلعةً ، فظَهَرَ المُشْتَرى على عَيْبٍ بها ، وأنكره البائع ، هل اليمينُ على البتِّ أو على عِلْمه ؟ على روايتين . ولو أبقَ عَبْدُ المُشْتَرى ، فادَّعى على البائع أنَّه أبقَ عنده ، فأنكر ، هل يلزمه أن يَحْلِفَ أنَّه لم يَأْبُقْ قَطُّ ، أو على نفي عِلْمه ؟ على روايتين ، إلَّا أن يكون ولده ، ^(١١) فيلزمه أن يَحْلِفَ ^(١٢) أنَّه لم يَأْبُقْ قَطُّ . ووجهُ كَوْنِ اليمينِ على ^(١٣) عِلْمه ، أنَّها على نفي فعلٍ الغير ، فأشبهَ ما لو ادَّعى عليه أن عبده جنى . ووجهُ الأخرى ، أنَّه إذا ^(١٤) ادَّعى عليه أنَّه باعه مَعِيًّا ، يَسْتَحِقُّ به ردُّه عليه ، فَلَزِمَتْهُ اليمينُ على البتِّ ، كما لو كان إثباتًا .

فصل : ومن توجَّهت عليه يَمِينٌ هو فيها صادق ، أو توجَّهت له ، أبيعَ له الحَلِفَ ،

(٨-٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠-١٠) في م : « فيحلف » .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

ولا شيء / عليه من إثم ولا غيره ؛ لأن الله تعالى شرع اليمين ، ولا يشرع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه ، عليه السلام ، أن يقسم على الحق ، في ثلاثة مواضع من كتابه . وحلف عمر لأبي على نخيل ، ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم ، فتصير سنة^(١٣) . قال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه ، فقال : لي قبلك حق من ميراث أبي ، وأطالبك بالقاضي ، وأحلفك . فقيل لأبي عبد الله : ما ترى ؟ قال : أحلف له ، إذا لم يكن له قبلي حق ، وأنا غير شاك في ذلك ، حلفت له ، وكيف لا أحلف ، وعمر^(١٤) قد حلف ، وأنا من أنا ؟ وعزم أبو عبد الله على اليمين ، فكفاه الله ذلك ، ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف في الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه ؛ لأن عمر حلف ؛ ولأن في الحلف فائدتين ؛ إحداهما ، حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته^(١٥) . والثانية ، تخليص أخيه الظالم من ظلمه ، وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرتة بكفه عن ظلمه^(١٦) ، وقد أشار النبي ﷺ على رجل أن يحلف ويأخذ حقه^(١٧) . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ؛ فإن عثمان افتدى يمينه ، وقال : خفت أن تُصادف قدراً ، فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شوم يمينه^(١٨) . وروى الخلال ، بإسناده ، أن حذيفة عرف جملًا سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم . فأبى ، فقال^(١٩) لك عشرون ، فأبى ، فقال : لك ثلاثون . فأبى ، فقال : لك أربعون . فأبى ، فقال حذيفة : أتراني أترك جملتي ؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب^(٢٠) . ولأن في اليمين عند الحاكم تبدلاً ، ولا يأمن أن يُصادف قدراً ، فينسب إلى

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٢/١٣ .

(١٤) في النسخ : « وابن عمر » . وابن عمر لم يحلف كما جاء في صفحة ٢٣٤ الآية .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ٥١٦/٦ .

(١٦) في الأصل : « الظلم » .

(١٧) انظر في صفحة ٢٣٤ الآية الحديث الذي أخرجه الدارقطني ، أن رسول الله ﷺ ردَّ اليمين على طالب الحق .

(١٨) انظر ما تقدم في : ٤٤٢/١٣ .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٠) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٤٢/٤ . واليهيقي ، في : باب =

الكذب ، وأنه عُوقِبَ بِحَلْفِهِ كاذِبًا ، وفي ذَهَابِ مَالِهِ له^(٢١) أَجْرٌ ، / وليس هذا تَضْيِيعًا ١٠٦/١١ ظ
للمال ، فإن أخاه المسلمَ يَتَنَفَّعُ به في الدُّنْيَا وَيَغْرُمُهُ له في الآخِرَةِ . وأما عمرُ ، فإنه خاف
الاستِئْثَانَ به ، وترك الناس الحلفَ على حُقوقِهِمْ ، فيدُلُّ على أَنَّهُ لولا ذلك ، لما
حَلَفَ ، وهذا أَوَّلَى . والله تعالى أعلم .

فصل : فأما الحلف الكاذب لِيَقْتَطَعَ به مال أخيه ، ففيه إثمٌ كبيرٌ . وقد قيل : إنه من
الكبائر ؛ لأنَّ الله تعالى وعدَّ عليه العذاب الأليم ، فقال سبحانه : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ
بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَمْنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ
إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلَا يَزْكِيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(٢٢) . قال الأشعث بن قيس : [فِي] ^(٢٤)
نزلت هذه الآية ، كان لي بقر في أرض ابن عمِّي ، فأتيتُ رسولَ الله ﷺ ، فقال : « بَيْتُكَ ،
أَوْ يَمِينُهُ » . قلتُ : إِذَا يَحْلِفُ عليها . فقال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ،
هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ ، لِيَقْتَطَعَ بِهَا مَالٌ مَرَى مُسْلِمٍ ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ » . أخرجه
البُخَارِيُّ^(٢٥) . وروى ابنُ مسعودٍ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ
صَبْرٍ^(٢٦) ، يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ » .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٧) . وقال النَّبِيُّ ﷺ ، في حديثِ الكِنْدِيِّ : « لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لَيَأْكُلْهُ

= ما جاء في الافتداء عن العيمين ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٧٩/١٠ . وابن أبي شيبة ، في : باب في
الرجل يدعى الشيء فيقيم عليه البيعة فيستحلف أنه لم يبع ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٥/٦ .

(٢١) سقط من : ١ .

(٢٢) سورة آل عمران ٧٧ .

(٢٣) تكملة من مصادر التخریج .

(٢٤) في : باب : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ ... ﴾ . في تفسير سورة آل عمران ، من كتاب التفسير ، وفي : باب
قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ ... ﴾ . من كتاب الأيمان والنذور . صحيح البخاري ٤٢/٦ ، ٤٣ ،
١٧١/٨ ، ١٧٢ . وأخرجه أيضا ، في : باب حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري
٢٣٣/٣ . وفيه : « رجل » مكان : « ابن عم لي » . و « شيء » مكان : « بقر » . وفي : باب الحكم في البئر
ونحوها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩٠/٩ . وفيه : « رجل » مكان : « ابن عم لي » .
كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢١٢/٥ .

(٢٥) عيمين صبر ، أو يمين صبر . الصبر : الحبس . والمراد إلزام الحاكم بها .

(٢٦) تقدم تخریجه ، في : ٤٤٤/١٣ .

ظُلُمًا ، لَيَلَقِينَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ ^(٢٧) . وهو حديث حسن صحيح . وقد روى في حديث : أَنَّ يَمِينَ الْعُمُوسِ تَذَرُ الدِّيَارَ بِلَاقِعٍ ^(٢٨) . وَيُسْتَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُخَوِّفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةَ ، وَيَقْرَأَ عَلَيْهِ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ .

فصل : وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ بِهِ ، لَمْ يَحْلِفْ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَى . وبهذا قال الْمُزْنِيُّ . وقال أَبُو ثَوْرٍ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(٢٩) . وَلَئِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ بِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ / أَدَاؤُهُ إِلَيْهِ ، وَلَنَا ، أَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَهُوَ حَقٌّ لَهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ ، لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ بِهِ .

١٠٧/١١

فصل : وَيَمِينُ الْحَالِفِ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ ، فَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ غَضَبَهُ ، أَوْ اسْتَوْدَعَهُ وَدِيعَةً ، أَوْ اقْتَرَضَ مِنْهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : مَا غَضَبْتُكَ ، وَلَا اسْتَوْدَعْتَنِي ، وَلَا اقْرَضْتَنِي . كَلَّفَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى ذَلِكَ . فَإِنْ قَالَ : مَا لَكَ عَلَيَّ حَقٌّ ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ مَا ادَّعَيْتَهُ ، وَلَا شَيْئًا مِنْهُ . كَانَ جَوَابًا صَحِيحًا . وَلَا يُكَلِّفُ الْجَوَابَ عَنِ الْغَضَبِ وَالْوَدِيعَةِ وَالْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَضَبَ مِنْهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَوْ ^(٣٠) جَحَدَ ذَلِكَ كَانَ كَاذِبًا ، وَإِنْ أَقْرَبَهُ ، ثُمَّ ادَّعَى الرَّدَّ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ، فَإِذَا طُلِبَ مِنْهُ الْيَمِينُ ، حَلَفَ عَلَى حَسَبِ مَا أَجَابَ . وَلَوْ ادَّعَى أَنِّي اتَّبَعْتُ مِنْكَ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِكَ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَطُلِبَ يَمِينُهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِهِ ؛ فَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ لَا تَسْتَحِقُّهَا . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَلْزَمْ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا ابْتِاعَهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتْبَاعُهَا مِنْهُ ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ [لَمْ] ^(٣١) تَبْتَعْهَا مِنِّي . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَوْدَعَهُ ، فَأَنْكَرَهُ ، هَلْ يَحْلِفُ : مَا أَوْدَعْتَنِي ؟ قَالَ : إِذَا حَلَفَ : مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ ، وَلَا لَكَ فِي يَدِي شَيْءٌ . فَهُوَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزُمُهُ الْحَلْفُ عَلَى حَسَبِ الْجَوَابِ ، وَأَنَّهُ مَتَى حَلَفَ : مَا لَكَ قَبْلِي حَقٌّ . بَرِئَ بِذَلِكَ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجُهَانُ ، كَهَذَيْنِ .

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(٢٨) كنز العمال ١٦ / ٦٩٦ ، ٦٩٧ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٣٠) في ب ، م زيادة : « كلف » .

(٣١) تكملة يصح بها السياق .

فصل : ولا تدخل اليمين الثيابة ، ولا يخلف أحد عن غيره ، فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً ، لم يخلف عنه ، ووَقَفَ الأمرُ حتى يبلغَ الصَّبِيُّ وَيَعْقِلَ المجنونُ ، ولم يخلف عنه وليه . ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً ، أو ادعاه الوصي أو الأمين له ، فأنكر المدعى عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضي عليه . ومن لم ير القضاء بالنكول ، / ١٠٧/١١ ط ورأى ردَّ اليمين على المدعى ، لم يخلف الولي^(٣٢) عنهما ، ولكن تقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه . وإن ادعى على العبد دعوى ، نظرت ؛ فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه ، كالقصاص ، والطلاق ، والقذف ، فالحصومة معه دون سيده . فإن قلنا : إن اليمين تُشرع في هذا . حلف^(٣٣) العبد دون سيده ، وإن نكل لم يخلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه ، كإثلاف مال ، أو جناية توجب المال ، فالحصنم السيد ، واليمين عليه ، ولا يخلف العبد فيها بحال .

فصل : وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال : لي بينة أقیمها ، أو حساب أستثبت ، لأحلف على ما أتيقن . فذكر أبو الخطاب ، أنه لا يمهل ، وإن لم يخلف ، يجعل ناكلاً . وقيل : لا يكون ذلك نكولاً ، ويمهل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف . أو سكنت ، فلم يذكر شيئاً ، نظرنا في المدعى ؛ فإن كان مالاً ، أو المقصود منه المال ، قضى عليه بنكوله ، ولم ترد اليمين على المدعى . نص عليه أحمد ، فقال : أنا لا أرى ردَّ اليمين ، إن حلف المدعى عليه ، وألا دفع إليه حقه . وبهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب ، أن له ردَّ اليمين على المدعى ، إن ردَّها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوبه أحمد ، فقال : ما هو ببعيد ، يخلف ويستحق^(٣٤) . وقال : هو قول أهل المدينة ، روى ذلك عن علي ، رضي الله عنه . وبه قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين ، ومالك في المال خاصة . وقاله^(٣٥) الشافعي في جميع

(٣٢) سقط من : ١ .

(٣٣) في ب ، م ، : أحلف .

(٣٤) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(٣٥) في الأصل ، ١ : وقال .

الدَّعَاوَى ؛ لما رَوَى عن نافع ، عن ابنِ عمر ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ .
 رواه الدَّارِقُطْنِيُّ^(٣٦) ، ولأنَّه إِذَا نَكَلَ ظَهَرَ صِدْقُ الْمُدَّعَى ، وَقَوَى جَانِبُهُ ، فَتَشَرَّعَ الْيَمِينُ
 فِي حَقِّهِ ، كَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَبْلَ نُكُولِهِ ، وَكَالْمُدَّعَى إِذَا شَهِدَ / لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، وَلِأَنَّ النُّكُولَ
 قَدْ يَكُونُ لَجَهْلِهِ بِالْحَالِ ، وَتَوَرُّعِهِ عَنِ الْحَلْفِ عَلَى مَا لَا يَتَحَقَّقُهُ ، أَوْ لِلخَوْفِ مِنْ عَاقِبَةِ
 الْيَمِينِ ، أَوْ تَرْفُعِهَا ، مَعَ عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ فِي إِنْكَارِهِ ، وَلَا يَتَعَيَّنُ بِنُكُولِهِ صِدْقُ الْمُدَّعَى ،
 فَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ لَهُ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ ، فَإِذَا حَلَفَ كَانَتْ يَمِينُهُ دَلِيلًا عِنْدَ عَدَمِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا ،
 كَمَا فِي مَوْضِعِ الْوِفَاقِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا أَدْعُهُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى^(٣٧) الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨) » . فَحَصَرَهَا فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى
 عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨) » .^(٣٩) فَجَعَلَ
 جَنْسَ الْيَمِينِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٩) ، كَمَا جَعَلَ جَنْسَ الْبَيِّنَةِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى . وَقَالَ
 أَحْمَدُ : قَدِمَ ابْنُ عُمَرَ إِلَى عُثْمَانَ فِي عَبْدِلِهِ ، فَقَالَ لَهُ : أَحْلِفْ أَنَّكَ مَا بَعْتَهُ وَبِهِ عَيْبٌ عِلْمَتُهُ .
 فَأَبَى ابْنُ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ ، فَرَدَّ الْعَبْدَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى . وَلِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ فِي
 الْمَالِ ، فَحَكِمَ فِيهَا بِالنُّكُولِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ مَنْ لَا وَارَثَ لَهُ ، فَوَجَدَ الْإِمَامُ فِي دَفْتَرِهِ دَيْنًا لَهُ عَلَى
 إِنْسَانٍ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَطَلَبَ مِنْهُ الْيَمِينَ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ الْيَمِينَ لَا
 تُرَدُّ . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا ، أَنَّهُ يُقْضَى بِالنُّكُولِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي
 الْآخَرِ ، يُجْبَسُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَتَّى يُقَرَّ ، أَوْ يَحْلِفَ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى مَيِّتٍ
 أَنَّهُ وَصَّى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثَلَاثَةِ ، وَأَنْكَرَ الْوَرِثَةَ ، وَنَكَلُوا عَنْ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِمْ . وَالْخَبَرُ لَا تُعْرَفُ
 صِحَّتُهُ ، وَمُخَالَفَةُ ابْنِ عُمَرَ لَهُ فِي الْقِصَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، تَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَرُدَّ
 الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَلَا رَدَّهَا عُثْمَانُ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : إِنْ

(٣٦) في : كتاب في الأقضية والأحكام . سنن الدارقطني ٤/ ٢١٣ .
 كما أخرجه الحاكم في : كتاب الأحكام . المستدرک ٤/ ١٠٠ . والبيهقي ، في : باب النكول ورد العين ، من كتاب

الشهادات . السنن الكبرى ١٠/ ١٨٤

(٣٧) في ب ، م زيادة : « جانب » .

(٣٨) تقدم تخريجه ، في ٥٨٧/٦ .

(٣٩) ٣٩-٣٩ سقط من : ١ . نقل نظر .

حَلَفَتْ ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ . ثَلَاثًا ، فَإِنْ حَلَفَ ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، يَقُولُ لَهُ : لَكَ رَدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى . فَإِنْ رَدَّهَا ، حَلَفَ ، وَقَضَى لَهُ ، وَإِنْ نَكَلَ / عَنْ ١٠٨/١١ ط
الْيَمِينِ ، سُئِلَ عَنْ سَبَبِ نُكُولِهِ ، فَإِنْ قَالَ : لِي بَيِّنَةٌ أَقِيمُهَا ، أَوْ حِسَابٌ أُسْتَشَبِّهُ ، لَا حَلْفَ عَلَى مَا أَتَيْتُهُ . أُخْرِجَتْ الْحُكُومَةُ . وَإِنْ قَالَ : مَا أُرِيدُ أَنْ أُحْلِفَ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ ، فَلَوْ بَدَّلَهَا فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ بَعْدَ هَذَا ، لَمْ تُسْمَعْ مِنْهُ ، إِلَى أَنْ يَعُودَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : فَاَلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ، ثُمَّ بَدَّلَهَا ، سُمِعَتْ مِنْهُ ، فَلَمْ مَنَعْتُمْ سَمَاعَهَا هَهُنَا ؟ قُلْنَا : الْيَمِينُ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هِيَ الْأَصْلُ ، فَمَتَى قَدَّرَ عَلَيْهَا ، أَوْ بَدَّلَهَا ، وَجَبَ قَبُولُهَا ، وَالْمَصِيرُ إِلَيْهَا ، كَالْمُبَدَّلَاتِ مَعَ أَبْدَالِهَا ، وَأَمَّا يَمِينُ الْمُدَّعَى ، فَهِيَ بَدَلٌ ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنْهَا ، لَمْ يَنْتَقِلِ الْحَقُّ إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنْهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا ؛ لَضَعْفِهَا . وَأَمَّا إِذَا حَلَفَ ، وَقَضَى لَهُ ، فَعَادَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَبَدَلَ الْيَمِينِ ، لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ ، وَهَكَذَا لَوْ بَدَّلَهَا بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ ، لَمْ يُسْمَعْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدَّمَ ، فَلَا يَنْقُضُ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . فَأَمَّا غَيْرُ الْمَالِ ، وَمَا لَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، فَلَا يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْقِصَاصِ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَذَفَهُ ، فَقَالَ : اسْتَحْلِفُوهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أُحْلِفُ . أُقِيمَ عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُقْضَى فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا بِالنُّكُولِ ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، وَالْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ^(٤٠) . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ .^(٤١) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٤٢) : يُقْضَى بِالنُّكُولِ فِي الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ النَّوْعَ الْآخَرَ . فَعَلَى هَذَا ، مَا يُصْنَعُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُخْلَى سَبِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حُجَّةٌ ، وَتَكُونُ فَائِدَةُ شَرْعِيَّةٍ^(٤٣) الْيَمِينِ الرَّدَّ وَالزَّجَرَ . وَالثَّانِي ، يُجْبَسُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ الْمَرْأَةُ إِذَا نَكَلَتْ عَنِ اللَّعَانِ .

فصل : وَإِذَا حَلَفَ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . أُعِيدَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّ

(٤٠) في ١ ، ب : « الأطراف » .

(٤١) - (٤٠) سقط من : الأصل .

(٤٢) سقط من : ١ ، ب .

الاستِثْنَاءُ يُزِيلُ حَكَمَ الْيَمِينِ . وكذلك إذا^(٤٣) وصلَ يَمِينَهُ بِشَرْطٍ أو كَلَامٍ غَيْرِ مَفْهُومٍ .
وإن حَلَفَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ / الحَاكِمُ ، أُعِيدَتْ عَلَيْهِ ، ولم يُعْتَدَّ بِمَا حَلَفَ قَبْلَ
الاستِحْلَافِ . وكذلك إن استَحْلَفَهُ الحَاكِمُ قَبْلَ أَنْ يَسْأَلَهُ الْمُدَّعَى اسْتِحْلَافَهُ ، لم يُعْتَدَّ
بِهَا .

فصل : ولو ادَّعى على رجل دَيْنًا ، أو حَقًّا ، فقال : قد أبرأتني منه ، أو استوفيتَه
منِّي . فالقول قول من يُنْكِرُ الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا
الحق — ويُسمِّيه تَسْمِيَةً يَصِيرُ بِهَا مَعْلُومًا — ما برئت ذِمَّتكَ منه ، ولا^(٤٤) من شيء
منه ، أو ما برئت ذِمَّتكَ من ذلك الحق ،^(٤٥) ولا من شيء منه^(٤٥) . وإن ادَّعى استيفاءه ، أو
البراءة بجهة معلومة ، حلف على تلك الجهة وحدها ، وكفاه .

فصل : والحقوق على ضربين ؛ أحدهما ، ما هو حق لآدمي . والثاني ، ما هو حق لله
تعالى . فحق آدمي ينقسم قسمين ؛ أحدهما ، ما هو مال ، أو المقصود منه المال ، فهذا
تُشَرِّعُ فيه اليمين ، بلا خلاف بين أهل العلم ، فإذا لم تكن للمدعى بينة ، حلف المدعى
عليه ، وبرئ . وقد ثبت هذا في قضية^(٤٦) الحضرمي والكندي اللذين اختلفا في
الأرض ، وعموم قول النبي ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٤٧) . القسم
الثاني ، ما ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، وهو كل^(٤٨) ما لا يثبت إلا بشاهدين ؛
كالقصاص ، وحدِّ القذف ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، والنسب ،
والاستيلاء ، والولاء ، والرق ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يستحلف المدعى عليه ، ولا
تُعرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع من مضي جواز الإيمان إلا في الأموال والعروض
خاصة . وهذا قول مالك . ونحوه قول أبي حنيفة ، فإنه قال : لا يستحلف في النكاح ، وما

(٤٣) في ١ ، ب ، م : « إن » .

(٤٤) في ب زيادة : « ترى » . ولعلها : « تبرأ » .

(٤٥) — ٤٥ : سقط من : الأصل .

(٤٦) في ١ ، ب ، م : « قصة » .

(٤٧) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤٨) سقط من : الأصل ، ١ .

يتعلّق به من دَعَوَى الرَّجْعَةَ وَالْفَيْئَةَ فِي الْإِيلَاءِ ، وَلَا فِي الرَّقِّ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَسْتِيلَادِ وَالْوَلَاءِ
وَالنَّسَبِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يَدْخُلُهَا الْبَدَلُ ، وَإِنَّمَا تُعَرَّضُ الْيَمِينُ فِيمَا يَدْخُلُهُ الْبَدَلُ ؛ فَإِنَّ
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَحْلِفَ أَوْ يُسَلِّمَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
ذَكَرْنِي ، فَلَا تُعَرَّضُ فِيهَا الْيَمِينُ ، كَالْحُدُودِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ فِي الطَّلَاقِ ،
وَالْقَصَاصِ ، وَالْقَذْفِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا / قَالَ : ارْتَجَعْتُكَ . فَقَالَتْ : انْقَضَتْ ط ٢٠٩/١١
عِدَّتِي قَبْلَ رَجْعَتِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا . وَإِذَا اخْتَلَفَ فِي مُضَيِّ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا ، أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ،
وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ
دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(٤٩) . وَهَذَا عَامٌّ
فِي كُلِّ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي دَعْوَى الدِّمَاءِ ؛ لِذِكْرِهَا فِي الدَّعْوَى مَعَ عُمُومِ
الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهَا دَعْوَى صَحِيحَةٌ فِي حَقِّ لَادِمٍ ^(٥٠) ، فَجَازَ أَنْ يَحْلِفَ فِيهَا الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
الْحُدُودُ ، فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهَا يَمِينٌ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ ،
قَبْلَ مِنْهُ ، وَخَلَّى مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، فَلَا أَنْ لَا يُسْتَحْلَفَ مَعَ عَدَمِ الْإِقْرَارِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ
سِتْرُهُ ، وَالتَّعْرِيزُ لِلْمُقَرَّبِ بِهِ ، بِالرُّجُوعِ عَنْ إِقْرَارِهِ ، وَلِلشُّهُودِ بِتَرْكِ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ عَلَيْهِ ،
قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ، لَهَزَالِ ، فِي قِصَّةِ مَا عَزِ : « يَا هَزَالُ ، لَوْ سَتَرْتَهُ بِتَوْبِكَ ، لَكَانَ خَيْرًا
لَكَ » ^(٥١) . فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهِ يَمِينٌ بِحَالٍ . النَّوْعُ الثَّانِي ، الْحَقُوقُ الْمَالِيَّةُ ، كَدَعْوَى السَّاعِي
الزَّكَاةَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْحَوْلَ قَدْتَمَّ وَكَمَلَ النَّصَابُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ ،
مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ النَّاسُ عَلَى صَدَقَاتِهِمْ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ،
وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى مَسْمُوعَةٌ ، أَشْبَهَ حَقَّ الْآدَمِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ
تَعَالَى ، أَشْبَهَ الْحَدَّ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ عِبَادَةٌ ، فَلَا يُسْتَحْلَفُ عَلَيْهَا ، كَالصَّلَاةِ . وَلَوْ أَدَّعَى عَلَيْهِ ،
أَنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَةَ يَمِينٍ أَوْ ظَهَارٍ ، أَوْ نَذَرَ صَدَقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ

(٤٩) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٥٠) في : ١ « آدمي » .

(٥١) تقدم تخريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

يَمِينٍ ، وَلَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى فِي هَذَا ، وَلَا فِي حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمُدَّعَى فِيهِ ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ ، فَلَا تُسْمَعُ مِنْهُ دَعْوَاهُ حَقًّا لِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَضَمَّنَتْ دَعْوَاهُ حَقًّا لَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعَى سَرَقَةَ مَالِهِ ، لِيُضْمَنَ / السَّارِقُ ، أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا سَرَقَهُ ، أَوْ يَدَّعَى عَلَيْهِ الزَّئِي بِجَارِيَتِهِ ؛ لِيَأْخُذَ مَهْرَهَا مِنْهُ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ، وَيُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِحَقِّ الْآدَمِيِّ ، دُونَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى .

١٩١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ مِنَ الْأَرْبَعَةِ اثْنَانِ ، أَنَّ هَذَا زَنَى بِهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي الْبَيْتِ الْآخَرِ ، فَلِلْأَرْبَعَةِ قَذْفَةٌ ، وَعَلَيْهِمُ الْحَدُّ)

وجملته ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّئِي ، اجْتِمَاعُ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعُوا ، لَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ، وَكَانَ الْجَمِيعُ قَذْفَةً ، وَعَلَيْهِمُ الْحَدُّ ، فَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ ، فَمَا اجْتَمَعُوا عَلَى الشَّهَادَةِ بَزْنِيٍّ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّئِي فِي هَذَا الْبَيْتِ غَيْرُ الزَّئِي فِي الْآخَرِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : تَكْمُلُ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ . وَاسْتَبْعَدَهُ أَبُو الْحَطَّابِ ، وَقَالَ : هَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ ؛ لِأَنَّهُ يَخَالِفُ الْأَصُولَ وَالْإِجْمَاعَ ، وَالْحَدُّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، فَكَيْفَ يَجِبُ بِهَا ! وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ : لَا حَدَّ عَلَى الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ كَمَلُوا أَرْبَعَةً ، وَلَا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بَزْنِيٍّ وَاحِدٍ يَجِبُ الْحَدُّ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بَزْنِيٍّ وَاحِدٍ ، فَلَزِمَهُمُ الْحَدُّ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِغَيْرِهَا ، وَلَئِنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُمْ بَزْنِيٍّ وَاحِدٍ أَوْ بَاثْنَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِفِعْلِ وَاحِدٍ ، مِثْلُ أَنْ يُعَيَّنَ الْجَمِيعُ وَقْتُاً وَاحِداً ، لَا يُمَكِّنُ زَنَاَهُ فِيهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، فَاثْنَانِ مِنْهُمْ كَاذِبَانِ يَقِينَا ، وَاثْنَانِ مِنْهُمْ لَوْ خَلَوْا عَنِ الْمُعَارَضَةِ لِشَهَادَتِهِمَا^(١) ، لَكُنَا قَذْفَةً ، فَمَعَ التَّعَارُضِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَتْ شَهَادَتُهُمْ بِفِعْلَيْنِ ، كَانُوا قَذْفَةً ، كَمَا لَوْ عَيَّنُوا فِي شَهَادَتِهِمْ أَنَّهُ

(١) في ١ ، ب ، م : « لشهادتهم » .

زَنَى مَرَّةً أُخْرَى . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالْأَصْلِ الذِّى ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وكذلك كُلُّ شَهَادَةٍ عَلَى فَعْلَيْنِ ، مثلُ أَنْ يَشْهَدَ اثْنَانِ أَنَّ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّ زَنَى بِأُخْرَى ، أَوْ / يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّ زَنَى بِهَا فِي يَوْمٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّ زَنَى بِهَا فِي آخَرٍ ، أَوْ يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّ زَنَى بِهَا لَيْلًا ، وَآخَرَانِ أَنَّ زَنَى بِهَا نَهَارًا ، أَوْ يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّ زَنَى بِهَا غَدَوَةً ، وَيَشْهَدُ آخَرَانِ أَنَّ زَنَى بِهَا عَشِيًّا ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَإِنَّهُمْ قَدْ فُتِّحَتْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةِ بَيْتٍ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةٍ مِنْهُ أُخْرَى ، وَكَانَتَا مُتَبَاعِدَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَيُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، اسْتِحْسَانًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هُمَا مَكَانَانِ لَا يُمْكِنُ وَقُوعُ الْفِعْلِ الْوَاحِدِ فِيهِمَا ، وَلَا يَصْبِحُ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِمَا ، فَأَشْبَهَا الْبَيْتَيْنِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَتَا مُتَقَارِبَتَيْنِ ، تُمْكِنُ نَسْبَتُهُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، لِقُرْبِهِ مِنْهَا ، كَمَلَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِإِمْكَانِ صِدْقِهِمَا فِي نَسْبَتِهِ إِلَى الزَّوَارِئِ جَمِيعًا .

فصل : ومتى كَانَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ ، فَاخْتَلَفَ الشَّاهِدَانِ فِي زَمَنِهِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَةِ لَهُ تَدُلُّ عَلَى تَعَايُرِ الْفَعْلَيْنِ ، لَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ غَضَبَهُ دِينَارًا يَوْمَ السَّبْتِ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّ غَضَبَهُ دِينَارًا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ غَضَبَهُ بِدَمْشَقٍ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّ غَضَبَهُ بِمِصْرَ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ غَضَبَهُ دِينَارًا ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّ غَضَبَهُ ثَوْبًا ، فَلَا تَكْمُلُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ فِعْلٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ شَاهِدَانِ . وَهَكَذَا إِنْ اخْتَلَفَا فِي زَمَنِ الْقَتْلِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ فِي شُرْبِ الْخَمْرِ ، أَوْ الْقَذْفِ ، لَمْ تَكْمُلْ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ غَيْرُ الَّذِي شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ ، فَلَمْ يَشْهَدْ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَعْلَيْنِ إِلَّا شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، فَإِنْ هَذِهِ الشَّهَادَةُ^(٣) تَكْمُلُ . وَيُثْبِتُ الْمَشْهُودُ بِهِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ ، فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْفِعْلِ ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَبْيَضَ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَسْوَدَ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ سَرَقَ هَذَا الْكَيْسَ غَدَوَةً ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّ / سَرَقَهُ عَشِيًّا ، ١١١/١١ و

(٢) في ١ ، ب ، م : « يشهدان » .

(٣) في الأصل ، ١ ، م زيادة : « لم » .

لم تَكْمُلِ الشَّهَادَةَ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرِ : تَكْمُلُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ فَعِيلٍ
 لَمْ يَشْهَدْ بِهِ إِلَّا وَاحِدٌ ، عَلَى مَا قَدَّمَاهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْمَشْهُودِ بِهِ اخْتِلَافًا يُوجِبُ
 تَعَارُفَهُمَا^(٤) ، مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا بِتَوْبٍ وَالْآخَرُ بِدِينَارٍ ، فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الشَّهَادَةَ لَا
 تَكْمُلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِيَّاهُمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِيَّاهُمَا بِالْحَقِّ عَلَيْهِ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ ، وَلَا
 إِيَّاجِبُ أَحَدِهِمَا بَعَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ
 بِكُلِّ فَعِيلٍ شَاهِدَانِ ، وَاخْتَلَفَا فِي الزَّمَانِ ، أَوِ الْمَكَانِ ، أَوِ الصِّفَةِ ، ثَبَتَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ شَهِدَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، لَوْ انْفَرَدَتْ أَثَبَّتِ الْحَقُّ ، وَشَهَادَةُ الْآخَرَى لَا
 تُعَارِضُهَا ؛ لِإِمْكَانِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْفَعْلُ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ تَكَرُّرَهُ ، كَقَتْلِ رَجُلٍ
 بَعَيْنِهِ ، فَتُعَارِضُ الْبَيِّنَتَانِ ، لِعِلْمِنَا أَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ ، وَلَا نَعْلَمُ أَيُّهُمَا هِيَ ، بِخِلَافِ مَا
 يَتَكَرَّرُ وَيُمَكِّنُ صِدْقَ الْبَيِّنَتَيْنِ فِيهِ ، فَإِنَّهُمَا جَمِيعًا يَثْبُتَانِ إِنْ ادَّعَاهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ إِلَّا
 إِحْدَاهُمَا ، ثَبَتَ لَهُ مَا ادَّعَاهُ دُونَ مَا لَمْ يَدَّعِهِ . وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا
 أَسْوَدَ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَبْيَضَ ، أَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ سَرَقَ هَذَا الْكَيْسَ
 غُدُوً ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ سَرَقَهُ عَشِيًّا ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَتَعَارِضَانِ . وَهُوَ مَذْهَبُ
 الشَّافِعِيِّ . كَمَا لَوْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ قَتْلًا . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَا تُعَارِضُ فِيهِ ، لِأَنَّهُ^(٥) يُمَكِّنُ
 صِدْقَ الْبَيِّنَتَيْنِ ، بِأَنْ يَسْرِقَ عِنْدَ الزَّوَالِ كَيْسَيْنِ أَبْيَضَ وَأَسْوَدَ ، فَتَشْهَدُ كُلُّ بَيِّنَةٍ بِأَحَدِهِمَا ،
 وَيُمَكِّنُ أَنْ يَسْرِقَ كَيْسًا غُدُوً ثُمَّ يَعُودَ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَسْرِقَهُ عَشِيًّا ، وَمَعَ إِمْكَانِ
 الْجَمْعِ لَا تُعَارِضُ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ ادَّعَاهُمَا الْمَشْهُودُ لَهُ ، ثَبَتَا لَهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَأَمَّا فِي
 الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ، فَيُثَبِّتُ لَهُ الْكَيْسُ الْمَشْهُودُ بِهِ حَسَبُ ؛ فَإِنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ وَإِنْ كَانَ^(٦) فِعْلَيْنِ ،
 لَكِنَّهُمَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجِبُ أَكْثَرُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْمَشْهُودُ / لَهُ إِلَّا أَحَدَ
 الْكَيْسَيْنِ ، ثَبَتَ لَهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْآخَرُ ؛ لِعَدَمِ دَعْوَاهُ إِيَّاهُ . وَإِنْ شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ بِسَرِقَةِ كَيْسٍ فِي
 يَوْمٍ ، وَشَهِدَ آخَرُ بِسَرِقَةِ كَيْسٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا فِي مَكَانٍ ، وَشَهِدَ آخَرُ^(٧)

(٤) فِي أ ، ب ، م : « تَغِيرُهُمَا » .

(٥) فِي م : « لَا » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « كَانَ » .

(٧) فِي أ : « الْآخَرُ » .

بِسْرَقَةٍ^(٨) فِي مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِغَضَبٍ كَيْسٍ أَيْبَضَ ، وَشَهِدَ آخَرُ بِغَضَبٍ كَيْسٍ أَسْوَدَ ، فَأَدَّعَاهُمَا الْمَشْهُودُ لَهُ ، فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيُحْكَمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ قَدْ شَهِدَ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ . وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ إِلَّا أَحَدَهُمَا ، ثَبَّتَ لَهُ مَا ادَّعَاهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْآخَرُ ؛ لِغَدَمِ دَعْوَاهُ إِلَيْهِ .

فصل : فَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي يَوْمَ الْخَمِيسِ بِدَمَشَقٍ أَنَّهُ قَتَلَهُ ، أَوْ قَذَفَهُ ، أَوْ غَضَبَهُ كَذَا ، أَوْ أَنَّ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ كَذَا ، وَيَشْهَدُ آخَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي بِهَذَا يَوْمَ السَّبْتِ بِحِمَصَ ، كَمَلَّتْ شَهَادَتُهُمَا . وَهَذَا قَالِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا تَكْمُلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ إِقْرَارٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ إِلَّا وَاحِدٌ ، فَلَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الْفِعْلِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُقَرَّرَ بِهِ وَاحِدٌ ، وَقَدْ شَهِدَ اثْنَانِ بِالْإِقْرَارِ بِهِ ، فَكَمَلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْإِقْرَارُ بِهِمَا وَاحِدًا ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةُ عَلَى الْفِعْلِ ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ فِيهَا عَلَى فِعْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فَتَظِيرُهُ مِنَ الْإِقْرَارِ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي أَنَّهُ قَتَلَهُ فِي يَوْمِ الْخَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُمَا لَا تُقْبَلُ هُنَا . وَيُحَقِّقُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ جَمْعُ الشُّهُودِ لِسَمَاعِ الشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِطَلَبِ الشُّهُودِ فِي أَمَاكِنِهِمْ ، لَا فِي جَمْعِهِمْ إِلَى الْمَشْهُودِ لَهُ ، فَيَمْضِي إِلَيْهِمْ فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَأَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ ، فَيُشْهِدُهُمْ عَلَى إِقْرَارِهِ . وَإِنْ كَانَ الْإِقْرَارُ عَلَى فِعْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ . وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ . أَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي أَنَّهُ قَذَفَهُ بِالرَّبِيَّةِ . وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ / أَنَّهُ أَقَرَّ عِنْدِي أَنَّهُ قَذَفَهُ بِالْعَجَمِيَّةِ . لَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الَّذِي شَهِدَ بِهِ أَحَدُهُمَا غَيْرُ الَّذِي شَهِدَ بِهِ صَاحِبُهُ ، فَلَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ غَضَبَهُ^(٩) دَنَانِيرَ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ غَضَبَهُ^(٩) دَرَاهِمَ ، لَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، تَكْمُلُ الشَّهَادَةُ فِي الْقَتْلِ ، وَالْقَذْفِ ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ بِالرَّبِيَّةِ أَوْ الْعَجَمِيَّةِ ، وَالْقَتْلَ بِالْبَصْرَةِ أَوْ الْكُوفَةِ ، لَيْسَ مِنَ الْمُقْتَضَى ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِي الشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يُؤْتَر . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

(٨) فِي ١ ، ب : هـ بِسْرَقَتِهِ .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب . نَقَلَ نَظَرَ .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه باع أمسي ، وشهد الآخر ، أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمسي ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعي : لا تكمل ؛ لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالعصب في وقتين . ووجه قول أصحابنا ، أن المشهود به شيء واحد ، يجوز أن يُعاد مرة بعد أخرى ، ويكون واحداً ، فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كما لو شهد أحدهما بالعريّة والآخر بالفارسيّة .

فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم في البيع ، إلا النكاح ، فإنه كالفعل^(١٠) . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمسي ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم ، لم تكمل الشهادة ، في قولهم جميعاً ؛ لأن النكاح أمسي غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقدتين إلا شاهد واحد ، فلم يثبت ، كما لو كانت الشهادة على فعل ، وكذلك القذف ، فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه غصبه^(١١) هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بعصبيه منه ، كملت الشهادة ، وحكم بها ؛ لأنه يجوز أن يكون العصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به ، فلم يختلف الفعل ، وكملت الشهادة ، كما لو شهدا في وقتين على إقراره بالعصب . / وقال القاضي : لا تكمل الشهادة ، ولا يحكم بها . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين ؛ فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر ، إذا كانا في وقتين مختلفين ، ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد ، لم تحمل على اثنين ، كالإقرارين ، وكما لو شهد بالعصب اثنان ، وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بعصبيه منه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد^(١٢) ، لم تكمل شهادتهما ؛ لأنهما لم يشهدا على شيء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يديه ، ألزمه الحاكم

(١٠) في م زيادة : « الواحد » .

(١١) في م : « غصب » .

(١٢) في الأصل : « لزيد » .

رَدَّهِ إِلَى يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، فَتُرَدُّ إِلَى يَدِهِ ، لَتَكُونَ دَلَالَتُهَا^(١٣) ثَابِتَةً لَهُ . قَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، شَهِدَ أَحَدُهُمَا^(١٤) أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِفُلَانٍ ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ دَارُ فُلَانٍ^(١٥) . قَالَ : شَهِدَا تُهْمَا جَائِزَةٌ .

فصل : وَمَنْ شَهِدَ بِالنِّكَاحِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَيَجِبُ ذِكْرُهَا ، لئَلَّا يَكُونَ الشَّاهِدُ يَعْتَقِدُ أَنَّ^(١٦) النِّكَاحَ صَحِيحٌ^(١٧) ، وَهُوَ فَاسِدٌ . وَإِنْ شَهِدَ بَعْقِدَ سِوَاهُ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَاشْتَرَطْتُ ذِكْرَهَا كَالنِّكَاحِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا فِي الدَّعْوَى ، فَكَذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ بِهِ^(١٨) ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالرِّضَاعِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّهُ شَرِبَ مِنْ ثَدْيِهَا ، أَوْ مِنْ لَبَنِ حُلْبٍ مِنْهُ ، وَعَدَدِ الرِّضَاعَاتِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي عَدَدِ الرِّضَاعَاتِ ، وَفِي الرِّضَاعِ^(١٩) الْمُحَرَّمِ . وَإِنْ شَهِدَ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنَ الرِّضَاعِ ، لَمْ يَكْفِ ؛ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِيمَا يَصِيرُ بِهِ ابْنُهَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَتْلِ ، / فَلَا بُدَّ مِنْ وَصْفِ الْقَتْلِ ، فَيَقُولُ : جَرَحَهُ فَقَتَلَهُ ، أَوْ ضَرَبَهُ بِكَذَا فَقَتَلَهُ . وَلَوْ ١١٣/١١ و قَالَ : ضَرَبَهُ فَمَاتَ . لَمْ يُحْكَمْ بِذَلِكَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ بِغَيْرِ هَذَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ شَهِدَ عِنْدَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْقَعِهِ ، فَمَاتَ . فَقَالَ لَهُ شُرَيْحٌ : فَمَاتَ مِنْهُ ، أَوْ فَقَتَلَهُ ؟ فَأَعَادَ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ ، وَأَعَادَ عَلَيْهِ^(٢٠) شُرَيْحٌ سُؤَالَهُ ، فَلَمْ يَقُلْ :

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « دَلَالَتُهَا » .

(١٤) فِي ب زِيَادَةً : « قَالَ أَشْهَدُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « لِفُلَانٍ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١٧) فِي ب : « صَحِيحًا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فَقَتَلَهُ . وَلَا : فَمَاتَ مِنْهُ . فَقَالَ لَهُ شُرَيْحٌ : قُمْ ، فَلَا شَهَادَةَ لَكَ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١٩) . وَمَنْ شَهِدَ بِالزَّئِنِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الزَّائِنِ ، وَالْمَزْنِيِّ بِهَا ، وَمَكَانِ الزَّئِنِ ، وَصِفَتِهِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الزَّئِنِ يُطْلَقُ عَلَى مَا لَا يُوجِبُ الْحَدَّ ، وَقَدْ يُعْتَقَدُ الشَّاهِدُ مَا لَيْسَ بِزَنْئٍ زَنْئِي ، فَاعْتَبِرَ ذِكْرُ صِفَتِهِ ؛ لِزَوَلِّ الاحْتِمَالِ ، وَاعْتَبِرَ ذِكْرُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ تَكُونَ مِمَّنْ تَحِلُّ لَهُ ، أَوَّلُهُ فِي وَطْئِهَا شُبْهَةٌ ، وَذِكْرُ الْمَكَانِ ؛ لِأَنَّ تَكُونَ الشَّهَادَةُ مِنْهُمْ عَلَى فَعْلَيْنِ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمَزْنِيِّ بِهَا ، وَلَا ذِكْرِ الْمَكَانِ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلْفِعْلِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ ذِكْرُهُ ، كَالزَّمَانِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالسَّرْقَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ سَرْقَةِ نَصَابٍ مِنَ الْجَرِّ ، وَذِكْرِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ ، وَصِفَةِ السَّرْقَةِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَذْفِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْمُقَذَّوفِ ، وَصِفَةِ الْقَذْفِ . وَإِنْ شَهِدَ بِمَا لَمْ يَحْتَاجُ إِلَى تَحْرِيرِهِ بِمَثَلٍ مَا ذَكَرْنَا فِي الدَّعْوَى . وَإِنْ تَرَكَ الشَّاهِدُ ذِكْرَ شَيْءٍ يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، كَمَا سَأَلَ شُرَيْحُ الشَّاهِدَ الَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْفَقِهِ حَتَّى مَاتَ . وَإِنْ حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ ، أَوْ حَرَّرَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ شَهَادَتَهُ ، وَشَهِدَ بِهَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ بِمَثَلِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ حِينَ حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ : أَشْهَدُ بِذَلِكَ ، أَوْ بِهَذَا . أَجْزَأُهُ .

١٩١٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ جَاءَ أَرْبَعَةٌ مُتَّفَقُونَ ، وَالْحَاكِمُ جَالِسٌ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، لَمْ يَقُمْ قَبْلَ شَهَادَتِهِمْ . وَإِنْ جَاءَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ أَنْ قَامَ الْحَاكِمُ ، كَانُوا قَدْفَةً ، وَعَلَيْهِمُ الْحَدُّ)

هذه المسألة قد ذكرناها في كتاب الحدود ^(١) ، بما أغنى عن إعادتها ههنا .

١٩١٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ حُكِمَ بِشَهَادَتَيْهِمَا بِجَرْحٍ أَوْ قَتْلِ / ، ثُمَّ رَجَعَا ، فَقَالَا : عَمَدْنَا ، اقْتَصَّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَا : أَلْخَطَأْنَا . غَرَمَا الدِّيَّةَ ، أَوْ أَرَشَ الْجَرْحَ)
وجملة الأمر أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها ، لم يخل من ثلاثة أحوال ؛

(١٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٧٠ .

(١) تقدم في : ٣٦٥/١٢ .

أحدها ، أن يرجعوا قبل الحكم بها ، فلا يجوز الحكم بها . في قول عامة أهل العلم .
وحكى عن أبي ثور ، أنه شذ عن أهل العلم ، وقال : يحكم بها ؛ لأن الشهادة قد أدت ،
فلا تبطل برجوع من شهد بها ، كما لو رجعا بعد الحكم . وهذا فاسد ؛ لأن الشهادة شرط
الحكم ، فإذا زالت قبله ، لم يجز ، كما لو فسقا ؛ لأن رجوعهما يظهر به كذبهما ، فلم
يجز الحكم بها ، كما لو شهدا بقتل رجل ، ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه في أن ما شهد به
حق ، فلم يجز له الحكم به ، كما لو تغير اجتهاده ، وفارق ما بعد الحكم ، فإنه تم
بشرطه ^(١) ؛ ولأن الشك لا يزيل ما حكم به ، كما لو تغير اجتهاده . الحال الثاني ، أن يرجعا
بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، فينظر ؛ فإن كان المحكوم به عقوبة ، كالحد والقصاص ، لم
يجز استيفاؤه ؛ لأن الحدود تدرك بالشبهات ، ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن
المحكوم به عقوبة ، ولم ^(٢) يتقن ^(٣) استحقاقها ، ولا سبيل إلى جبرها ، فلم يجز استيفاؤها ^(٤) ،
كما لو رجعا قبل الحكم . وفارق المال ؛ فإنه يمكن جبره ، بالزام الشاهدني عوضه ،
والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدني ؛ لأن ذلك ليس بجبر ، ولا يحصل
لن وجب له منه عوض ، وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام ، لا للجبر . فإن قيل :
فقد قلتم : إنه إذا حكم بالقصاص ، ثم فسق الشاهدان ، استوفى . في أحد الوجهين .
قلنا : الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق ؛ لأنهما يقرآن أن شهادتهما زور ،
وأنهما كانا فاسقين حين شهدا ، وحين حكم الحاكم بشهادتهما ، وهذا الذي طرأ فسقه
لا يتحقق كون / شهادته كذبا ، ولا أنه كان فاسقا حين أدى الشهادة ، ولا حين الحكم
بها ، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء ، لم يلزمه شيء ، والراجح أن تلزمهما غرامة ما شهدا به ،
فافترقا . وإن كان المشهود به مالا ، استوفى ، ولم ينقض الحكم ^(٥) . في قول أهل الفتيان
علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب ، والأوزاعي ، أنهما قالا : ينقض
الحكم ، وإن استوفى الحق ؛ ^(٥) لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا ، زال ما ثبت به

(١) في ١ : بشرطه .

(٢-٢) في ١ ، ب : يتوطن . تحريف . وفي م : يتعين .

(٣) في ب : استيفاؤه .

(٤) في ب ، م : حكمه .

(٥-٥) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

الحكم، فنُقَضَ الحكم، كما لو تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافرين. ولنا، أن حقَّ المشهود له وجب له، فلا يَسْقُطُ بقولهما، كما لو ادَّعياه لأنفسهما، يُحَقِّقُ هذا أن حقَّ الإنسان لا يزول إلا بَيِّنَةً أو إقراره^(٦)، ورجوعهما ليس بشهادة، ولهذا لا يَفْتَقِرُ إلى لفظ الشهادة، ولا هو إقرار من صاحب الحق. وفارق ما إذا تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافرين؛ لأننا تَبَيَّنَّا أنه لم يوجد شرط الحكم، وهو شهادة العدول، وفي مسألتنا لم يتبين ذلك؛ لِجَوَازِ^(٧) أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما، وإنما كذبا في رجوعهما، ويُفَارِقُ العقوبات، حيث لا تُسْتَوْفَى^(٨)؛ لأنَّها^(٩) تُدْرَأُ بالشبهات. الحال الثالث، أن يرَّجعا بعد الاستيفاء؛ فإنه لا يَبْطُلُ الحكم، ولا يلزم المشهود له شيء، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة؛ لأنَّ الحكم قد تمَّ باستيفاء المحكوم به، ووصول الحق إلى مُسْتَحَقِّه، ويرجع به على الشاهدين، ثم يُنْظَرُ؛ فإن كان المشهود به إثلافا في مثله القصاص، كالقتل والجرح^(١٠)، نظرنا في رجوعهما، فإن قالا: عمَدنا الشهادة عليه بالزور؛ لِيُقْتَلَ أو يُقَطَّعَ. فعليهما القصاص. وبهذا قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد. وقال أصحاب الرأي: لا قودَ عليهما؛ لأنَّهما لم يُباشِرا الإثلاف، فأشبهها حافر البئر، وناصب السكين، إذا تَلَفَ بهما شيء. ولنا، أن عليا، رضى الله عنه، شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة، فقطعه، ثم عادا، فقالا: أخطأنا، ليس هذا هو السارق. فقال / على: لو علمت أنكما تعمَّدتُمَا، لَقَطَّعْتُكما^(١١). ولا مُخَالَفَ له في الصحابة، فيكون إجماعا، ولأنَّهما تسببا إلى قتله أو قطعه، بما يُفْضِي إليه غالبا، فلزمهما القصاص، كالمكره، وفارق الحفر ونصب السكين، فإنه لا يُفْضِي إلى القتل غالبا. وقد ذكرنا هذه المسألة في القصاص^(١٢). فأما إن قالا: عمَدنا الشهادة عليه، ولم^(١٣) نعلم أنه يُقْتَلُ بهذا.

١١٤/١١ ظ

(٦) في م: «إقرار».

(٧) في أ، م: «بجواز».

(٨) في الأصل: «يستويا».

(٩) في م: «فإنها».

(١٠) في أ: «والجراح».

(١١) تقدم تخرجه، في: ٤٥٦/١١.

(١٢) انظر ما تقدم في: ٤٥٥/١١، ٤٥٦.

(١٣) في م: «ولا».

وكانا ممن يجوز أن يجهل^(١٤) ذلك ، وجبت الدية في أموالهما مغلظة ؛ لأنه شبه عَمِد ، ولم
تَحْمِلْهُ العاقلة ؛ لأنه ثبت باعترافهما ، والعاقلة لا تحمِلُ اعترافاً . وإن قال أحدهما :
عَمَدْتُ قَتْلَهُ . وقال الآخر : أخطأت . فعلى العامد نصف دية مغلظة ، وعلى الآخر
نصف دية مخففة ، ولا قصاص ، في الصحيح من المذهب ؛ لأنه قتل عَمِدٍ وخطأ . وإن
قال كل واحد منهما : عَمَدْتُ ، وأخطأ صاحبي . احتَمَلَ أن يجب القصاص عليهما ؛
لا اعتراف كل واحد منهما بعَمِدٍ نفسه . واحتَمَلَ وجوب الدية ؛ لأن كل واحد منهما إنما
اعترف بعَمِدٍ شارك فيه مُحْطِئاً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤاخذ
بإقراره ، لا بإقرار غيره . فعلى هذا ، تجب عليهما دية مغلظة . وإن قال أحدهما : عَمَدْنَا
جميعاً . وقال الآخر : عَمَدْتُ ، وأخطأ صاحبي . فعلى الأول القصاص ، وفي الثاني
وجهان ، كالتي قبلها . وإن قالوا جميعاً : أخطأنا معاً^(١٥) . فعليهما الدية مخففة في
أموالهما ؛ لأن العاقلة لا تحمِلُ الاعتراف . وإن قال أحدهما : عَمَدْنَا معاً . وقال الآخر :
أخطأنا معاً . فعلى الأول القصاص ، وعلى الثاني نصف دية مخففة ؛ لأن كل واحد^(١٦)
منهما يؤاخذ بحكم إقراره . وإن قال كل واحد منهما : عَمَدْتُ ، ولا أدرى ما فعل
صاحبي . فعليهما القصاص ؛ لإقرار كل واحد منهما بالعَمِد . ويحتَمِلُ أن لا يجب
عليهما القصاص ؛ لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد ، لم يجب عليه قصاص ، وإنما
يؤاخذ الإنسان بإقراره ، لا بإقرار صاحبه . وإن قال أحدهما : عَمَدْتُ ، ولا أدرى ما قصَدَ
صاحبي . سئل صاحبه ، فإن^(١٧) قال : عَمَدْتُ ، ولا أدرى ما قصَدَ صاحبي . فهي
كالتي قبلها . وإن قال : عَمَدْنَا معاً^(١٨) . فعليه القصاص ، وفي الأول وجهان . وإن قال :
أخطأت ، أو أخطأنا . فلا قصاص على واحد منهما . / وإن جهل حال الآخر ، بأن ١١٥/١١
يُجَنِّ ، أو يموت ، أو لا يُقَدَّر عليه ، فلا قصاص على المُقَرِّ ، وعليه نصيبه من الدية
المغلظة .

(١٤) في م : « يجهل » .

(١٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٦) سقط من : ١ ، م .

(١٧) في ١ ، ب : « فإذا » .

(١٨) سقط من : الأصل ، ١ ، م .

فصل : وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما ، في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما ، إذا كان رجوعه ^(١٩) قبل الحكم ، وفي أنه لا يستوفي العقوبة إذا رجع ^(٢٠) قبل استيفائها ؛ لأن الشرط يخل برجوعه ، كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء ، لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص ، وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة ، وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ ، وجب عليه نصيبه من الدية المخففة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية ، أو القصاص ، ونحوه ، ^(٢١) مما يثبت ^(٢٢) بشاهدين ، أو أكثر من أربعة ، فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ^(٢٣) ، لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ؛ لأن ما بقي من البيّنة كاف في إثبات الحكم واستيفائه . وإن رجع بعد الاستيفاء ، فعليه القصاص إن أقر بما يوجب ، أو قسطه من الدية ، أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفي ذلك اختلاف سندكره ، إن شاء الله تعالى .

١٩١٩ - مسألة ؛ قال : (وإن كانت شهادتهما بمال ، غرماء ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به ^(١) على المحكوم له ^(٢) به ، فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سوى ما حكيناه عن سعيد بن المسيّب ، والأوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ^(٣) . فأما الرجوع به على / الشاهدين ، فهو قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، وأصحاب الرأي ، وهو قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد : لا يرجع عليهما بشيء ، إلا أن يشهدا بعتق عبد ، فيضمننا قيمته ؛ لأنه لم يوجد منهما إثلاف للمال ، ولا يد عادية عليه ، فلم يضمننا ، كما لو ردّت شهادتهما . ولنا ، أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق ، وحالاً

(١٩-١٩) سقط من : ١ .

(٢٠-٢٠) في ١ ، ب ، م ، : « فماتت » .

(٢١) في الأصل : « أو الاستيفاء » .

(١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم في : صفحة ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

بينه وبينه ، فلزِمهما الضَّمانُ ، كما لو شهدا بعِثته ، ولأنَّهما أزالا يدَ السيِّد عن عبده بشهادتهما المَرْجوع عنها ، فأشبهه^(٣) ما لو شهدا بحرِّيته ؛ ولأنَّهما تسبَّبا إلى إثلاف حقِّه بشهادتهما بالزُّورِ عليه ، فلزِمهما الضَّمانُ ، كشاهدي القصاص . يُحقِّق هذا ، أنَّه إذا الزَّمهما القصاصَ الذي يُدرَأُ بالشُّبُهاتِ ، فوجوبُ المالِ أولى . وقولهم : إنَّهما ما أثْلَفَا المالَ . يَظُنُّ بما إذا شهدا بعِثته ، فإنَّ الرُّقَّ في الحقيقة لا يزُولُ بشهادة الزُّورِ ، وإنَّما حالاً بين سيِّده وبينه ، وفي موضعِ إثلافِ المالِ ، فهما تسبَّبا إلى تَلَفِه ، فيلزِمهما ضَمَانُ ما أثْلَفَ بسبِّبهما ، كشاهدي القصاصِ ، وشهودِ الزَّنى ، وحافرِ البئرِ ، وناصبِ السُّكَّينِ .

١٩٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمَحْكُومُ بِهِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، غَرِمَا قِيَمَتَهُ)

أمَّا إذا شهدا بالعبدِ أو الأمةِ لغيرِ مالِكهما^(١) ، فالْحُكْمُ في ذلك كالحُكْمِ في الشَّهادةِ بالمالِ ، على ما ذكرنا من الخلافِ فيه ؛ لأنَّهما^(٢) من جُمْلَةِ المَالِ . وإنَّ شَهِدَا بحرِّيتهما ، ثم رجعا عن الشَّهادةِ ، لَزِمَهُمَا غَرَامَةُ قِيَمَتِهِمَا لِسَيِّدِهِمَا ، بغيرِ خلافٍ بينهم فيه ، فإنَّ الْمُخَالَفَ في التي قبلها هو الشافعيُّ ، وقد وافق هُنا ، وهو حُجَّةٌ عليه فيما خالف فيه ، فإنَّ إخراجَ العبدِ عن يدِ سيِّده بالشَّهادةِ بحرِّيته ، كما إخراجُه عنها بالشَّهادةِ به لغيرِ مالِكِه ، فإذا لَزِمَ الضَّمانُ ثُمَّ لَزِمَ هُنا ، وَغَرِمَا الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ^(٣) مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ^(٤) ، لا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ .

فصل : وإنَّ شَهِدَا بطلاقِ امرأةٍ تَبَيَّنُ به ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِالْفُرْقَةِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ الشَّهادةِ ، وَكَانَ / قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِمَا نِصْفُ الْمُسَمَّى . وبهذا قال أبو ١١٦/١١ حنيفة . وقال الشَّافعيُّ ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَا عَلَيْهِ الْبُضْعَ ،

(٣) في الأصل : « فأشبهها » .

(١) في ١ ، ب ، م : « مالِكِه » .

(٢) في ١ ، م : « لأنَّها » .

(٣) في ب ، م : « العبيد » .

(٤) في الأصل : « المقومات » .

فلزَمَهما عِوَضُهُ ، وهو مهر المثل . وفي القول الآخر ، يلزَمُهما^(٥) نصف مهر المثل ؛ لأنه إنما ملك نصف البضع ، بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر . ولنا ، أن خروج البضع من ملك الزوج غير مُتَقَوِّم ؛ بدليل ما لو أخرجته من ملكه برَدِّتها ، أو إسلامها ، أو قتلها نفسها ، فإنها لا تَضْمَنُ شيئاً . ولو فسخت نكاحها قبل الدخول ، برضا ع من يَنْفَسِخُ به نكاحها ، لم يَعْرِضْ شيئاً ، وإنما يجب^(٦) عليهما^(٧) نصف المُسَمَّى ؛ لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما ، وقرأه عليه ،^(٨) فرجع عليهما^(٩) ، كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضا ع أو غيره . وقوله : إنه ملك نصف البضع . غير صحيح ؛ فإن البضع لا يجوز تملك^(١٠) نصفه ، ولأن العقد ورد على جميعه ، والصداق واجب جميعه ، ولهذا تملك المرأة إذا قبضته ، ونماؤه لها ، وتملك طلبه إذا لم تقبضه ، وإنما يسقط نصفه بالطلاق . وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول ، فلا ضمان عليهما . وبه قال أبو حنيفة .^(١١) وعن أحمد ، رواية أخرى ، عليهما ضمان المُسَمَّى في الصداق ؛ لأنهما فوتا عليه نكاحاً وجب عليه به عوض ، فكان عليهما ضمان ما وجب به ، كما لو شهدا بذلك قبل الدخول^(١٢) . وقال الشافعي : يلزَمُهما له مهر المثل ؛ لأنهما أثلوا البضع عليه . وقد سبق الكلام معه في هذا ، ولا يصح القياس على ما قبل الدخول ؛ لأنهما قرأا عليه نصف المُسَمَّى ، وكان بعرض^(١٣) السقوط ، وههنا قد تقرر المهر كله^(١٤) بالدخول ، فلم يُقرَّرا عليه شيئاً ولم يُخرجا عن^(١٥) ملكه مُتَقَوِّمًا ، فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها ، أو أخرجته هي برَدِّتها .

(٥) في ب ، م : « لزما » .

(٦) في م : « وجب » .

(٧) سقط من : أ .

(٨-٩) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٩) في أ : « أن يملك » .

(١٠-١١) ورد هذا في الأصل ، بعد قوله : « وهذا قال أبو حنيفة » . السابق في أول الفصل .

(١١) في ب : « يعرض » . وفي م : « يعرض » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في أ ، ب ، م : « من » .

فصل : وإن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكّم به الحاكم ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن طلقها الزوج قبل دُخوله بها ، لم يغرما شيئا ؛ لأنّهما لم يفوتا عليها شيئا . وإن دخل / ١١٦/١١ ظ بها ، وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل ، أو أكثر منه ، ووصل إليها ، فلا شيء عليهما ؛ لأنّها أخذت عوض ما فوتاه عليها ، وإن كان دونه ، فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليها^(١٤) ، فعليهما ضمان مهر مثلها ؛ لأنّه عوض ما فوتاه عليها .

فصل : وإن شهدا بكتابة عبده ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن عجز ، ورُدّ في الرّق ، فلا شيء عليهما . وإن أدّى ، وعتق ، فعليهما ضمان جميعه ؛ لأنّهما فوتاه عليه بشهادتهما ، ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته . والأوّل أولى ؛ لأنّ ما قبضه من كسب عبده ، فلا يحسب عليه ، وإن أراد تغريمهما^(١٥) قبل انكشاف الحال ؛ فينبغي أن يغرّمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبًا . وإن شهدا باستيلاء أمته ، ثم رجعا ، فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها . وإن عتقت بموته ، رجعت الورثة بما بقي من قيمتها .

فصل : وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنّه^(١٦) يؤزّع بينهم على عددهم ، قلوا أو كثروا . قال أحمد ، في رواية إسحاق بن منصور : إذا شهد بشهادة ، ثم رجع وقد أتلّف مالا ، فإنّه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة ، فإن كانوا اثنين ، فعليه^(١٧) النصف ، وإن كانوا ثلاثة ، فعليه^(١٧) الثلث . وعلى هذا لو كانوا عشرة ، فعليه العشر ، وسواء رجع وحده ، أو رجعوا جميعا ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة ، أو من ليس بزائد ، فلو شهد أربعة بالقصاص ، فرجع واحد منهم ، وقال : عمدا قتلته . فعليه القصاص . وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية . وإن رجع اثنان ، فعليهما القصاص أو نصف الدية . وإن شهد ستة بالزنى على مُحْصَن ، فرجّم بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، فعليه القصاص ، أو سدس الدية . وإن رجع اثنان ، فعليهما القصاص أو ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد . وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان ، فلا شيء عليهما ؛ لأنّ بينة

(١٤) في ١ ، ب ، م : « إليهما » .

(١٥) في ١ ، م ، زيادة : « بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما » . تكرار .

(١٦) في م : « وجب أن » .

(١٧) (١٧-١٧) سقط من : ١ . نقل نظر .

الزُّنَى / قائمة ، فَدَمُهُ غَيْرُ مَحْقُونٍ . وَإِنْ رَجَعَ ثَلَاثَةً ، فَعَلَيْهِمْ رُبْعُ الدِّيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ أَرْبَعَةً ، فَعَلَيْهِمْ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ خَمْسَةً ، فَعَلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ رَجَعَ سِتَّةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سُدُسُهَا . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا إِذَا رَجَعَ اثْنَانِ ، كَمْذَهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِيمَا إِذَا شَهِدَ بِالْقِصَاصِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ^(١٨) : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْقِصَاصِ قَائِمَةٌ ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَقَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ^(١٩) : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّاجِعِ مِنْ شُهُودِ الزُّنَى إِذَا كَانَ زَائِدًا ، بِأَنَّ^(٢٠) دَمَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِالزُّنَى غَيْرُ مَحْقُونٍ ، وَهَذَا دَمُهُ مَحْقُونٌ . وَإِنَّمَا أُبَيِّحَ دَمُهُ لَوْلَى الْقِصَاصِ وَحْدَهُ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا شَهِدَ بِالْمَالِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، عَلَى وَجْهِينِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُ الثَّلَثَ . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِثْلَافَ حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمْ ، فَالرَّاجِعُ مُقَرَّرٌ بِالْمُشَارَكَةِ فِيهِ عَمْدًا وَعُدْوَانًا لَمَنْ هُوَ مِثْلُهُ فِي ذَلِكَ ، فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِمُشَارَكَتِهِمْ فِي مُبَاشَرَةِ قَتْلِهِ ، وَلَئِنَّ أَحَدًا مِنْ قُتِلَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ ، فَأَشَبَّهُ الثَّانِي مِنْ شُهُودِ الْقِصَاصِ ، وَالرَّابِعَ مِنْ شُهُودِ الزُّنَى ، وَلَئِنَّ أَحَدًا مِنْ حَصَلَ الْإِثْلَافُ بِشَهَادَتِهِ ، فَلَزِمَهُ مِنَ الضَّمَّانِ بِقِسْطِهِ ، كَمَا لَوْ رَجَعَ الْجَمِيعُ ، وَلَئِنْ مَا تَضَمَّنَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مَعَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى الرَّجُوعِ ، يَضْمَنُهُ إِذَا انْفَرَدَ بِالرُّجُوعِ ، كَمَا لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ دَمَهُ غَيْرُ مَحْقُونٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا قُتِلَ ، وَلَمْ يَتَّقَ لَهُ دَمٌ يُوصَفُ بِحَقْنٍ وَلَا عَدَمِهِ ، وَقِيَامُ الشَّهَادَةِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ لِرَجُلٍ بِاسْتِحْقَاقِ الْقِصَاصِ ، فَاسْتَوْفَاهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِأَنَّهُ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، وَأَنَّ الشُّهُودَ^(٢١) شُهُودُ زُورٍ^(٢٢) . وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالرَّجْمِ بِكَوْنِ دَمِ الْقَاتِلِ غَيْرُ مَحْقُونٍ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ قَتَلَهُ ، وَلَئِنْ كُلُّ وَاحِدٍ مُوَاحِدٌ بِإِقْرَارِهِ . وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ شَرِيكِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أَقَرَّ

١١٧/١١

١١٧/١١ ظ

(١٨) أَى : الشيرازى ، إبراهيم بن على بن يوسف ، أحد كبار الفقهاء الشافعية ، وصاحب التصانيف ، توفى سنة ست وسبعين وأربع مائة . طبقات الشافعية الكبرى ٢١٥/٤ - ٢٥٦ .

(١٩) أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد ، ابن الحداد ، المصرى ، الشافعى الإمام ، توفى سنة خمس وأربعين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٧٩/٣ - ٩٨ .

(٢٠) فى الأصل ، م ، « فإن » .

(٢١-٢٢) فى ب ، م : « شهدوا بالزور » .

أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بَعْمَدَهُمَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَخْطَأْنَا . وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُقِرِّ بِالْعَمْدِ .

فصل : وَإِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ فِي الْمَالِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، ثُمَّ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ ، تَوَزَّعَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ ، عَلَى الرَّجُلِ نِصْفُهُ ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ رُبْعُهُ . وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمْ وَخَذَهُ ، فَعَلَيْهِ مِنَ الضَّمَانِ حَصَّتُهُ . وَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ رَجُلًا وَعَشْرَ نِسْوَةٍ ، فَرَجَعُوا ، فَعَلَى الرَّجُلِ السُّدُسُ ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ نِصْفُ السُّدُسِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ كَرَجُلٍ ، فَالْعَشْرُ كَخَمْسَةِ رَجَالٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِنَّ النِّصْفُ ، وَعَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ نِصْفُ الْبَيِّنَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ رَجَعَ وَخَذَهُ بَعْدَ الْحُكْمِ ، كَانَ كَرَجُوعِهِنَّ كُلِّهِنَّ ، فَيَكُونُ الرَّجُلُ حِزْبًا وَالنِّسَاءُ حِزْبًا . فَإِنْ رَجَعَ بَعْضُ النِّسْوَةِ وَخَذَهُ ، أَوِ الرَّجُلُ ، فَعَلَى الرَّاجِعِ مِثْلُ مَا عَلَيْهِ إِذَا رَجَعَ الْجَمِيعُ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، مَتَى رَجَعَ مِنَ النِّسْوَةِ مَا زَادَ عَلَى اثْنَيْنِ ، فَلَيْسَ عَلَى الرَّاجِعَاتِ شَيْءٌ ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ مَعَهُمْ ^(٢٢) فِي هَذَا .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً بِأَرْبَعِمَائَةٍ ، فَحَكَّمَ الْحَاكِمُ بِهَا ، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ عَنْ مَائَةٍ ، وَآخَرُ عَنْ مَائَتَيْنِ ، وَالثَّلَاثُ عَنْ ثَلَاثِمَائَةٍ ، وَالرَّابِعُ عَنْ أَرْبَعِمَائَةٍ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِمَّا رَجَعَ عَنْهُ بِقِسْطِهِ ؛ فَعَلَى الْأَوَّلِ خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسُونَ ، وَعَلَى الثَّلَاثِ : خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَعَلَى الرَّابِعِ : مَائَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُقَرَّرٌ بِأَنَّهُ قَوَّتَ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ رُبْعَ مَا رَجَعَ عَنْهُ . وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنْ لَا يَلْزَمَ الرَّاجِعُ عَنِ الثَّلَاثِمَائَةِ وَالْأَرْبَعِمَائَةِ أَكْثَرُ مِنْ خَمْسِينَ خَمْسِينَ ^(٢٣) ؛ لِأَنَّ الْمَائَتَيْنِ الَّتِي رَجَعَا عَنْهُمَا قَدْ بَقِيَ بِهَا شَاهِدَانِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةً بِالزُّنَى ، وَاثْنَانِ بِالْإِحْصَانِ ، فُرْجِمَ ، ثُمَّ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ ، فَالضَّمَانُ عَلَى جَمِيعِهِمْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا ضَمَانَ عَلَى شُهُودِ الْإِحْصَانِ ؛ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالشَّرْطِ دُونَ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ لِلْقَتْلِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ الزُّنَى . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَتْلَهُ حَصَلَ بِمَجْمُوعِ الشَّهَادَتَيْنِ ، فَتَجِبُ الْعَرَامَةُ عَلَى الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ شَهِدُوا جَمِيعُهُمْ بِالزُّنَى . وَفِي

(٢٢) فِي م : « مِنْهُمْ » .

(٢٣) فِي م زِيَادَةٌ : « لِأَنَّ الْمَائَتَيْنِ لَا تَلْزَمُ الرَّاجِعَ عَنِ الثَّلَاثِمَائَةِ » .

كَيْفِيَّةَ الضَّمَانِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُوزَعُ عَلَيْهِمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، كَشُهُودِ الزَّئِي ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْ جَمِيعِهِمْ . وَالثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الزَّئِي النَّصْفُ ، وَعَلَى شُهُودِ الْإِحْصَانِ النَّصْفُ ؛ لَأَنَّهُمْ ^(٢٤) حِزْبَانِ ، فَلِكُلِّ حِزْبٍ نِصْفٌ . فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزَّئِي ، وَشَهِدَ ^(٢٥) اثْنَانِ مِنْهُمَا بِالْإِحْصَانِ ، ثُمَّ رَجَعُوا ، فَعَلِيَ الْوَجْهَ الْأَوَّلُ ، عَلَى شَاهِدِي الْإِحْصَانِ الثَّلَاثَيْنِ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّ عَلَى شَاهِدِي الْإِحْصَانِ الثَّلَاثِ ، لَشَهَادَتِهِمَا بِهِ ، وَالثَّلَاثُ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي وَحْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهَ الثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الْإِحْصَانِ ثَلَاثَةً أَرْبَاعَ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمَا النَّصْفَ لَشَهَادَتِهِمَا بِالْإِحْصَانِ ، وَنِصْفَ الْبَاقِي لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى شَاهِدِي الْإِحْصَانِ إِلَّا النَّصْفُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنَى جَنَائَتَيْنِ ، وَجَنَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ جَنَايَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَتِ الدِّيَّةُ بَيْنَهُمَا عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، لَا عَلَى عَدَدِ جَنَايَاتِهِمْ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ اثْنَانِ وَاحِدًا ، جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَغْتَقَى هَذَا الْعَبْدَ عَلَى ضَمَانٍ مَائَةِ دَرَاهِمٍ ، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ مَائَتَانِ ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، رَجَعَ السَّيِّدُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِمَائَةٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمَامُ الْقِيَمَةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ^(٢٦) شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ^(٢٧) قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى مَائَةٍ ، وَنِصْفُ الْمُسَمَّى مَائَتَانِ ، غَرِمَا لِلزَّوْجِ مَائَةً ؛ لِأَنَّهُمَا قَوَّيَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعَ عَنْهَا .

فصل : وَإِذَا ^(٢٨) شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِنِكَاحٍ / امْرَأَةٍ ، بِصَدَاقٍ ذَكَرَاهُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ بِدُخُولِهِ بِهَا ، ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ الْحَكْمِ عَلَيْهِ بِصَدَاقِهَا ، فَعَلِيَ شُهُودُ النِّكَاحِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُمْ الزَّمُوهُ الْمُسَمَّى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِمُ النَّصْفُ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ النَّصْفُ ؛ لِأَنَّهُمَا قَرَّرَاهُ ، وَشَاهَدَا النِّكَاحَ أَوْجَبَاهُ ، فَقُسِمَ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا . وَإِنْ شَهِدَ مَعَ هَذَا شَاهِدَانِ بِالطَّلَاقِ ، لَمْ يَلْزَمُهُمَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُقَوِّتَا عَلَيْهِ شَيْئًا يَدَّعِيهِ ، وَلَا أَوْجَبَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَاجِبًا .

(٢٤) فِي ١ : « لَأَنَّهُمَا » .

(٢٥) سَقَطَ : « شَهِدَ » مِنْ م .

(٢٦) فِي ب ، م : « لَوْ » .

(٢٧) فِي م : « زَوْجَتَهُ » .

(٢٨) فِي ١ ، ب : « وَإِنْ » .

فصل: وإذا^(٢٩) شهد شاهدان فرج على شاهدي أصل، فحكم الحاكم بشهادتهما، ثم رجع شاهدا الفرع، فعليهما الضمان. لا أعلم بينهما في ذلك خلافاً. وإن رجع شاهدا الأصل وخذهما، لزمهما الضمان أيضاً. وبه قال الشافعي، ومحمد بن الحسن. وحكى أبو الخطاب، عن القاضي، أنه لا ضمان عليهما. وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الحكم تعلّق بشهادة شاهدي الفرع، بدليل أنهما جعلاً شهادة شاهدي الأصل شهادة، لم يلزم شاهدي الأصل^(٣٠) ضمان، لعدم تعلّق الحكم بشهادتهما. ولنا، أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل^(٣١)؛ بدليل اعتبار عدّتهما، فإذا رجعا، ضمننا، كشاهدي الفرع.

فصل: وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين، فرجع الشاهد، غرم جميع المال. نصّ عليه أحمد، في رواية جماعة. وقال مالك، والشافعي: يلزمه النصف؛ لأنه أخذ حجتَي الدّعوى، فكان عليه^(٣٢) النصف كالوكانا شاهدين. ولنا، أن الشاهد حجة الدّعوى، فكان الضمان عليه^(٣٣) كالشاهدين. يُحقّقه أن اليمين قول الخصم، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه، وإنما هو شرط الحكم، فجرى مجرى مطالبة الحاكم بالحكم، وبهذا ينفصل عما ذكره. ولو سلمنا أنها حجة، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته، بخلاف شهادة الشاهد الآخر. / قال أبو الخطاب: ١١٩/١١ ويتخرج أن لا يلزمه إلا نصف^(٣٤) المحكوم به، إذا قلنا: تُردّ اليمين على المدّعي.

فصل: وإذا رجعا عن الشهادة بعد الحكم، وقالوا: عمَدنا. ووجب عليهم القصاص، لم يُعزروا^(٣٥)؛ لأن القصاص يُعنى عن تعزيرهم. وإن كان في مال، عُزروا، وغرموا؛ لأنهم جنوا جناية كبيرة، وارتكبوا جريمة عظيمة، وهي شهادة الزور. ويحتمل

(٢٩) في ١، ب: « وإن ».

(٣٠-٣١) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٣١-٣٢) سقط من: ١. نقل نظر. ومكانه فيها: « الضمان ».

(٣٢) في ١، ب، م: « النصف ».

(٣٣) في ١، ب، م: « يعزر ».

أَنْ لَا يُعْزَّرُوا ؛ لِأَنَّ رَجوعَهُمْ ثَوْبَةً مِنْهُمْ ، فَيَسْقُطُ عَنْهُمْ التَّعْزِيرُ ، وَلِأَنَّ شَرْعِيَّةَ تَعْزِيرِهِمْ تَمْنَعُهُم
الرُّجُوعَ خَوْفًا مِنْهُ ، فَلَا يُشْتَرَعُ . وَإِنْ قَالُوا : أخطأنا . لَمْ يُعْزَّرُوا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ :
﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٣٤) . هَذَا إِنْ كَانَ
قَوْلُهُمْ يَحْتَمِلُ الصَّدَقَ فِي الْخَطَا ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهُ (٣٥) ، عُزِّرُوا ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ .

١٩٢١ - مسألة : (وَإِذَا قَطَعَ الْحَاكِمُ يَدَ السَّارِقِ ، بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، ثُمَّ
بَانَ أَكْفَرَانِ ، أَوْ فَاسِقَانِ ، كَانَتْ دِيَّةُ الْيَدِ فِي بَيْتِ الْمَالِ)

وجملته أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا حَكَمَ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، فِي قَطْعِ أَوْ قَتْلِ ، وَأَنْفَذَ ذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ
أَنَّهُمَا كَافِرَانِ ، أَوْ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَبْدَانِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا
مُقِيمَانِ عَلَى أَنَّهُمَا صَادِقَانِ فِيمَا شَهِدَا بِهِ ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ مَنَعَ قَبُولَ شَهَادَتِهِمَا ، بِخِلَافِ
الرَّاجِعَيْنِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهُمَا اعْتَرَفَا بِكَذِبِهِمَا ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ ، أَوْ الْإِمَامِ
الَّذِي تَوَلَّى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ بِشَهَادَةِ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ ، وَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ مُخْطِئٌ ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ ، وَفِي مَحَلِّهَا رَوَايَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ
لِلْمُسْلِمِينَ وَوَكِيلُهُمْ ، وَخَطَأُ الْوَكِيلِ فِي حَقِّ مَوْكَلِهِ عَلَيْهِ ؛ وَلِأَنَّ خَطَأَ الْحَاكِمِ يَكْثُرُ ،
كَثْرَةً (١) تَصْرِفَاتِهِ وَحُكُومَاتِهِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُ مَا يَخْطِئُ فِيهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ إِجْحَافًا بِهِمْ ،
فَاقْتَضَى ذَلِكَ التَّخْفِيفَ عَنْهُ ، بِجَعْلِهِ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَهَذَا / الْمَعْنَى حَمَلَتِ الْعَاقِلَةُ دِيَّةَ
الْخَطَا عَنْ الْقَاتِلِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، هِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ مُخَفَّفَةٌ مُوجَلَّةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً
ذُكِرَتْ عِنْدَ عَمْرِ بْنِ سُوَيْدٍ ، فَأُرْسِلَ إِلَيْهَا ، فَأَجْهَضَتْ ذَا بَطْنِهَا ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَمْرٌ ، فَشَاوَرَ
الصَّحَابَةَ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا شَيْءَ عَلَيْكَ ، إِنَّمَا أَنْتَ مُؤَدِّبٌ . وَقَالَ عَلِيٌّ : عَلَيْكَ
الدِّيَّةُ . فَقَالَ عَمْرٌ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَا تُبْرَحَ حَتَّى تُقَسِّمَهَا عَلَى قَوْمِكَ (٢) . يَعْنِي قَرِيشًا ؛

(٣٤) سورة الأحراب ٥ .

(٣٥) في ب : « يَحْتَمِلُ » .

(١) في الأصل : « بكَثْرَةٍ » .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٥/١٢ .

لأنَّهم^(٣) عاقلةٌ عمرٌ ، ولو كانت في بيت المال ، لم يُقسَّمها على قَوْمِه ، ولأنَّه من خَطَأِه ، فَتَحْمِلُه عاقِلَتُه . كَخَطَأِه في غير الحُكُومَةِ . وللشافعي قولان ، كالروایتين . فإذا قلنا : إنَّ الدَّيَّةَ على عاقِلَتِه . لم تَحْمِلْ إلَّا الثَّلَثَ فصاعداً ، ولا تَحْمِلْ الكَفَّارَةَ ؛ لأنَّ العاقلة لا تَحْمِلُ الكَفَّارَةَ في محلِّ الوفاق ، كذا هُنا ، وتكون الكَفَّارَةُ في ماله . وإذا قلنا : إنَّه في بيت المال . فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير ؛ لأنَّ جَعْلَه في بيت المال لعلَّه أنَّه نائب عنهم ، وخطأ النَّائب على مُسْتَنبِيهِه ، وهذا يدخل فيه^(٤) القليل والكثير ، ولكونه^(٥) يكثرُ خَطْؤُه ، فجعل الضَّمانَ في ماله يُجْحِفُ به وإن قلَّ ، لكثرة تكرُّره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه ، أو أمر من تولاه . قال أصحابنا : وإن كان الوليُّ استوفاه ، فهو كالو استوفاه الحاكم ؛ لأنَّ الحاكم سلَّطه على ذلك ، ومكَّنه منه ، والوليُّ يدَّعي أنَّه حقُّه . فإن قيل : فإذا كان الوليُّ استوفى حقَّه ، فينبغي أن يكون الضَّمانُ عليه ، كالمو حَكَمَ له بمال فقَبَضَه ، ثم بان فسقُ الشَّهودِ^(٦) ، كان الضَّمانُ على المُستوفى دون الحاكم ، كذا هُنا . قلنا : ثمَّ حصل في يد المُستوفى مالُ المحكوم عليه بغير حقٍّ ، فوجبَّ عليه ردُّه أو ضمَّانُه إن تَلَفَ^(٧) ، وهُنا لم يحصل في يده شيءٌ ، وإنَّما أثْلَفَ شيئاً بخطأ الإمام وتسلُّيطه عليه ، فافترقا .

فصل : وإن شهد بالزَّنى أربعة ، فزكَّاهم اثنان ، فرجَمَ / المشهودُ عليه ، ثم بان أنَّ الشَّهودَ فسقةٌ ، أو عبيدٌ ، أو بعضُهم ، فلا ضَمانَ على الشَّهودِ ؛ لأنَّهم يزعمون أنَّهم مُحِقُّون ، ولم يُعلَمْ كذبُهم يَقِيناً ، والضَّمانُ على المُزَكِّين . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال القاضي : الضَّمانُ على الحاكم ؛ لأنَّه حَكَمَ بقتله من غير تَحَقُّقٍ شرَّطه ، ولا ضمانَ على المُزَكِّين ؛ لأنَّ شهادتهما شرَّطٌ ، وليسَتِ الموجبة . وقال أبو الخطَّاب ، في « رُءُوسِ المسائل » : الضَّمانُ على الشَّهودِ الذين شهدوا بالزَّنى . ولنا ، أنَّ المُزَكِّينَ شهدوا بالزُّور شهادةً أَفْضَلَتْ إلى قتلِه ، فلزمَهما الضَّمانُ ، كشَّهودِ الزَّنى إذا

(٣-٣) في الأصل : « عاقلة » .

(٤-٤) في م : « فيما » .

(٥) في م : « شهوده » .

(٦) في ب ، م : « أثْلَفَ » .

رَجَعُوا ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ إِحَالَةَ الضَّمَانِ عَلَى الشُّهُودِ ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ . وَقَوْلُهُ : إِنْ شَهِدْتَهُمْ شَرَطٌ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلَانَا أَنَّ شُهُودَ الْإِحْصَانِ يَلْزُمُهُمُ الضَّمَانُ ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالسَّبَبِ . وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ شُهُودَ الرَّئِيِّ لَمْ يَرْجِعُوا ، وَلَا عَلِمَ كَذِبُهُمْ ، بِخِلَافِ الْمُزَكِّيِّ ؛ فَإِنَّهُ تَبَيَّنَ كَذِبُهُمْ ، وَأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالزُّورِ . وَأَمَّا إِنْ تَبَيَّنَ فِسْقُ الْمُزَكِّيِّ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ ، حَيْثُ قَبْلَ شَهَادَةِ فَاسِقٍ مِنْ غَيْرِ تَزْكِيَةٍ وَلَا بَحْثٍ ، فَيَلْزِمُهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ قَبْلَ شَهَادَةِ شُهُودِ الرَّئِيِّ مِنْ غَيْرِ تَزْكِيَةٍ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ فِسْقُهُمْ .

فصل : ولو جلد الإمام إنساناً بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقة ، أو كفر ، أو عيب ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر^(٧) الضرب . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه . ولنا ، أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام ، فكانت مضمنة عليه ، كما لو قطع أو قتله .

فصل : ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان ، أو كافران ، فإن الإمام ينقض حكمه ، ويرد المال / إن كان قائماً ، وعوضه إن كان تالفاً . فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ، ثم يرجع على المشهود له . وعن أحمد ، رواية أخرى ، لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويغرم الشهود المال ، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ، ففيه الروايتان^(٨) . واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا . ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين ، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، فتقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردّها ، وقد نصّ الله تعالى على التبيين فيها ، فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(٩) . وأمر

(٧) سقط من : ب .

(٨) ف ب ، م : « روايتان » . وبعده ف ب ، م زيادة : « ولا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد » . خطأ وتكرار .

(٩) سورة الحجرات ٦ .

بِإِشْهَادِ الْعُدُولِ . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَأَشْهَدُ أَدَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١٠) . وَاعْتَبَرَ الرِّضَى
 بِالشُّهَدَاءِ ، فَقَالَ تَعَالَى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(١١) . فَيَجِبُ نَقْضُ الْحُكْمِ
 لِفَوَاتِ الْعَدَالَةِ ، كَمَا يَجِبُ نَقْضُهُ لِفَوَاتِ الْإِسْلَامِ ؛ وَلِأَنَّ الْفِسْقَ مَعْنَى لَوْ ثَبَتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ
 قَبْلَ الْحُكْمِ مَنَعَهُ ، فَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا جَالَةً الْحُكْمِ ، وَجَبَ نَقْضُ
 الْحُكْمِ ، كَالْكُفْرِ وَالرُّقِّ فِي الْعُقُوبَاتِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : لَا يَسْمَعُ
 الْحَاكِمُ الشَّهَادَةَ بِفُسْقِ الشَّاهِدَيْنِ ، لَا قَبْلَ الْحُكْمِ وَلَا بَعْدَهُ . وَمَتَى جَرَّحَ الْمُشْهُودُ
 عَلَيْهِ ^(١٢) الْبَيِّنَةُ ، لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ بِالْفُسْقِ ، وَلَكِنْ يُسْأَلُ عَنِ الشَّاهِدَيْنِ ، وَلَا تُسْمَعُ عَلَى
 الْفُسْقِ شَهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْفُسْقَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ ، فَلَا تُسْمَعُ فِيهِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
 مَعْنَى يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ ، فَسُمِعَتْ فِيهِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ ، كَالْتَزَكِيَةِ . وَقَوْلُهُ : لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ
 أَحَدٍ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْمُشْهُودَ عَلَيْهِ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِفُسْقِهِ ^(١٣) فِي مَنَعِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْحُكْمِ ،
 وَنَقْضِهِ بَعْدَهُ ، وَتَبَرُّيْتِهِ مِنْ أَخْذِ مَالِهِ أَوْ عُقُوبَتِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَوَجَبَ أَنْ تُسْمَعَ فِيهِ / الدَّعْوَى
 وَالْبَيِّنَةُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رَقِّ الشَّاهِدِ ^(١٤) وَلَمْ يَدَّعِهِ لِنَفْسِهِ ؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُسْمَعْ الْبَيِّنَةُ بِالْفُسْقِ ^(١٥) ،
 أَدَّى إِلَى ظُلْمِ الْمُشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ لَا يَعْرِفَ فُسْقَ الشَّاهِدَيْنِ إِلَّا شُهُودَ الْمُشْهُودِ
 عَلَيْهِ ، فَإِذَا لَمْ تُسْمَعْ شَهَادَتُهُمْ ، وَحُكِمَ عَلَيْهِ بِشَهَادَةِ الْفَاسِقَيْنِ ، كَانَ ظَالِمًا لَهُ . فَأَمَّا إِنْ
 قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ حَكَمَ بِشَهَادَةِ الْوَالِدَيْنِ ، أَوْ وَلَدَيْنِ ، أَوْ عَدُوَّيْنِ ، نَظَرَ ^(١٦) فِي الْحَاكِمِ
 الَّذِي حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَرَى الْحُكْمَ بِهِ ، لَمْ يَنْقُضْ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ
 بِاجْتِهَادِهِ فِيمَا يَسُوغُ فِيهِ الاجْتِهَادُ ، وَلَمْ يُخَالِفْ نَصًّا وَلَا إِجْمَاعًا . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَرَى
 الْحُكْمَ بِشَهَادَتِهِمَا ، نَقَضَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ بِهِ يَعْتَقِدُ بَطْلَانَهُ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَالِ وَالْإِثْلَافِ ،
 أَنَّ الْمَالَ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَجَبَ رَدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ . وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ،

(١٠) سورة الطلاق ٢ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في الأصل زيادة : « دعا » .

(١٣) في ١ : « بنفسه » .

(١٤) في م : « الشاهدين » .

(١٥) في م : « الفسق » .

(١٦) في م : « نظرًا » .

وَجَبَ ضَمَانُهُ عَلَى آخِذِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَلَا اسْتِحْقَاقٍ لِأَخِذِهِ . أَمَّا
 الْإِثْلَافُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ^(١٧) فِي يَدِ الْمُتْلِفِ شَيْءٌ يُرُدُّهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضْمِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَتْلَفَهُ
 بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَتَسْلِيطِهِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ لَا يُقَرُّ بِعُدْوَانِهِ ، بَلْ يَقُولُ : اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي . وَلَمْ
 يَثْبُتْ خِلَافٌ دَعَاوَاهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضْمِينُ الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ : شَهِدْنَا بِمَا عَلِمْنَا ،
 وَأَخْبَرْنَا بِمَا رَأَيْنَا وَسَمِعْنَا ، وَلَمْ نَكُنْ شَهَادَةَ اللَّهِ تَعَالَى لَزِمْنَا أَدَاؤَهَا . وَلَمْ يَثْبُتْ كَذِبُهُمْ ،
 فَوَجَبَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ مِنْ غَيْرِ وُجُودِ شَرْطِ الْحُكْمِ ، وَمَكَّنَ مِنْ
 إِثْلَافِ الْمُعْصُومِ مِنْ غَيْرِ بَحْثٍ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَكَانَ التَّفَرِيطُ مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِحَالَةُ^(١٨)
 الضَّمَانِ عَلَيْهِ .

١٩٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ،
 وَصَارَ خُرًّا)

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي هَذَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْعِتَقَ يَثْبُتُ^(١) بِشَاهِدٍ
 وَيَمِينٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكٍ ، فَيَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، / كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ،
 وَلِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِلْمَالِ ، فَيُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ ، كَالْإِثْلَافِ بِالْفِعْلِ ، وَإِفْضَاؤُهُ إِلَى تَكْمِيلِ
 الْأَحْكَامِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْوِلَادَةَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَيَتَنَبَّى
 عَلَيْهَا النَّسَبُ الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِنَّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
 عَدْلَيْنِ ذَكَرْنِي ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهَا الْمَالُ ، وَيَطْلُعُ عَلَيْهَا الرِّجَالُ فِي غَالِبِ
 الْأَحْوَالِ ، فَأَشْبَهَتْ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةِ زُورٍ ، أَدَبٌ ، وَأَقِيمَ لِلنَّاسِ فِي
 الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَشْتَهَرُ^(١) أَنَّهُ شَاهِدُ زُورٍ ، إِذَا تَحَقَّقَ تَعَمُّدُهُ لِذَلِكَ)

(١٧) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « بَه » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « ثَبِت » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَشْهَر » .

وجملة ذلك أنَّ الشَّهادة الزُّورَ من أكبر الكبائر ، قد نهى الله تعالى عنها في كتابه ، مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ ^(١) . وروى عن حُرَيْمِ بْنِ فَاتِكٍ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « عَدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ » . ثلاث مرات . ثم تلا قوله تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ . رواه أبو داود ^(٢) . وروى هذا عن ابن مسعود ، من قوله . وروى عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « أَلَا أُبَيِّنُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكِبَائِرِ ؟ » . قلنا : بلى يا رسول الله . قال : « الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ مُتَكِنًا فَجَلَسَ ، فَقَالَ : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ » . فما زال يُكْررها حتى قلنا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَرَوَى أَبُو حَنِيفَةَ ، عَنْ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « شَاهِدُ الزُّورِ ، لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى تَجِبَ لَهُ النَّارُ » ^(٤) . فَمَتَى ثَبَّتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ عَنْ رَجُلٍ أَنَّهُ شَهِدَ بُزُورٍ عَمْدًا ، عَزَّرَهُ ، وَشَهَّرَهُ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٥) . وَبِهِ يَقُولُ شَرِيحُ ، وَالْقَاسِمُ / بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَلَامُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَعْلَى ^(٦) قَاضِي الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُعَزَّرُ ، وَلَا يُشَهَّرُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِهِ ، كَالظُّهَارِ . وَرَوَى عَنْهُ الطُّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُشَهَّرُ . وَأَنْكَرَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ مُحَرَّمٌ يَضُرُّ بِهِ النَّاسَ ، فَأَوْجَبَ الْعُقُوبَةَ عَلَى قَائِلِهِ ، كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ ، وَيُخَالِفُ الظُّهَارَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِضَرِّهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ أَوْجَبَ كَفَّارَةً شَاقَّةً هِيَ أَشَدُّ مِنَ التَّعْزِيرِ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ عَمَرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَمْ

(٢) سورة الحج ٣٠ .

(٣) في : باب في شهادة الزور ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٤ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في شهادة الزور ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذی ١٧٣/٩ ، ١٧٤ ، ١٧٥ . وابن ماجه ، في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١٧٨ ، ٢٣٣ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥٢ .

(٦) أخرجه وكيع ، عن شريح ، في : أخبار القضاة ٢/٣٠٩ .

(٧) عبد الملك بن يعلى الليثي ، قاضي البصرة ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، توفي بعد المائة بسنوات . تهذيب التهذيب ٤٣٠ ، ٤٢٩/٦ .

نَعْرِفُ لَهُ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ تَأْذِيهِ غَيْرَ مَقْدُورٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ ^(٨) ؛ إِنْ رَأَى ذَلِكَ بِالْجُلْدِ جَلْدَهُ ، وَإِنْ رَأَاهُ بِحَبْسٍ أَوْ كَشَفِ رَأْسِهِ وَإِهَانَتِهِ وَتَوْبِيخِهِ ، فَعَلَ ذَلِكَ ، وَلَا يَزِيدُ فِي جَلْدِهِ عَلَى عَشْرِ جَلْدَاتٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَزِيدُ عَلَى تِسْعٍ وَثَلَاثِينَ ، لِفَلَا يُلْغَ بِهِ أَذْنَى الْحُدُودِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يُجْلَدُ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ أَبِي يَوْسُفَ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، فِي شَاهِدِي الطَّلَاقِ : يُجْلَدَانِ مِائَةً مِائَةً ، وَيَعْرَمَانِ الصَّدَاقَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرِ جَلْدَاتٍ ، إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) . وَقَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَلَمٌ : يُخَفَّقُ سَبْعَ خَفَقَاتٍ . وَقَالَ شَرِيحٌ : يُجْلَدُ أَسْوَأًا ^(١٠) . فَأَمَّا شَهْرَتُهُ بَيْنَ النَّاسِ ، فَإِنَّهُ يُوقَفُ فِي سُوقِهِ ^(١١) إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ السُّوقِ ، أَوْ قَبِيلَتِهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقَبَائِلِ ، أَوْ فِي مَسْجِدِهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمَسَاجِدِ ، وَيَقُولُ الْمُوَكَّلُ بِهِ : إِنَّ الْحَاكِمَ يَقْرَأُ عَلَيْكُمْ السَّلَامَ ، وَيَقُولُ : هَذَا شَاهِدُ زُورٍ ، فَأَعْرِفُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاتَى الْوَلِيدُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ بِشَاهِدِ زُورٍ ^(١٢) ، فَأَمَرَ بِقَطْعِ لِسَانِهِ ، وَعِنْدَهُ / الْقَاسِمُ وَسَلَمٌ ، فَقَالَا : سَبْحَانَ اللَّهِ ، بِحَسْبِهِ ^(١٣) ^(١٤) أَنْ يُخَفَّقَ ^(١٥) سَبْعَ خَفَقَاتٍ ، وَيُقَامَ بَعْدَ الْعَصْرِ ، فَيُقَالُ : هَذَا أَبُو قُبَيْسٍ ، وَجَدْنَاهُ شَاهِدَ زُورٍ . فَعَلَ ذَلِكَ ^(١٥) . وَلَا يُسَخَّمُ وَجْهُهُ ، وَلَا يُرَكَّبُ ، وَلَا يُكَلِّفُ أَنْ يُنَادِيَ عَلَى نَفْسِهِ . وَقَدَرُوهُ عَنْ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يُجْلَدُ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً ، وَيُسَخَّمُ وَجْهُهُ ، وَيُطَالُ حَبْسُهُ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(١٦) . وَقَالَ سَوَّارٌ : يُلَبَّبُ ^(١٧) ، وَيُدَارُ بِهِ عَلَى

ظ ١٢٢/١١

(٨) فِي ب : « الْإِمَام » .

(٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٥٢٤/١٢ .

(١٠) أَخْبَارُ الْقَضَاةِ ٣٠٩/٢ .

(١١) فِي م : « سَوْق » .

(١٢) فِي أ ، ب ، م : « الزُّور » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَفْعَلُ بِشَاهِدِ الزُّورِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٢/١٠ . وَعَبْدُ

الرِّزَاقِ ، فِي : بَابِ عَقُوبَةِ شَاهِدِ الزُّورِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمَصْنَفِ ٣٢٦/٨ ، ٣٢٧ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي : الْمُسْنَدِ .

(١٧) يُلَبَّبُ : أَيْ تَجْمَعُ ثِيَابُهُ عِنْدَ نَحْرِهِ وَيَجْرُ بِهَا .

حَلَقَ الْمَسْجِدَ ، فيقول : مَنْ رَأَى فَلَا يَشْهَدْ بَزُورٍ . وَرَوَى عَنْ (١٨) عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، قَاضِي الْبَصْرَةِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِحَلَقِ نَصِيفِ رُءُوسِهِمْ ، وَتَسْخِيمِ وُجُوهِهِمْ ، وَيُطَافُ بِهِمْ فِي الْأَسْوَاقِ ، وَالَّذِي (١٩) شَهِدُوا لَهُ مَعَهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُثَلَّةٌ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ الْمُثَلَّةِ (٢٠) . وَمَارُوِي عَنْ عَمْرِو ، فَقَدَرُوى عَنْهُ خِلَافُهُ ، وَأَنَّهُ حَبَسَهُ يَوْمًا وَخَلَّى سَبِيلَهُ . وَفِي الْحِمْلَةِ لَيْسَ فِي هَذَا تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ ، فَمَا فَعَلَ الْحَاكِمُ مِمَّا رَأَاهُ (٢١) ، مَا لَمْ يَخْرُجْ إِلَى مُخَالَفَةِ نَصٍّ أَوْ مَعْنَى نَصٍّ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا يُفَعَّلُ بِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ (٢٢) حَتَّى يُحَقِّقَ أَنَّهُ شَاهِدٌ زُورٌ ، وَتَعَمَّدَ ذَلِكَ ، إِمَّا بِإِقْرَارِهِ (٢٣) ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ بِفَعْلٍ فِي الشَّامِ فِي وَقْتٍ ، وَيُعْلَمُ أَنَّ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فِي الْعِرَاقِ ، أَوْ يَشْهَدُ بِقَتْلِ رَجُلٍ ، وَهُوَ حَيٌّ ، أَوْ أَنَّ هَذِهِ الْبَهِيمَةَ فِي يَدِهِ هَذَا مُنْذُ ثَلَاثَةِ أَعوَامٍ ، وَسِنَّهَا أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ فَعَلَ شَيْئًا فِي وَقْتٍ ، وَقَدَمَاتٍ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ ، أَوْ لَمْ يُولَدْ إِلَّا بَعْدَهُ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مَا يُتَيَقَّنُ بِهِ كَذِبُهُ ، وَيُعْلَمُ تَعَمُّدُهُ لَذَلِكَ . فَأَمَّا تَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ ، أَوْ ظُهُورُ فُسْطَقِهِ ، أَوْ غِلَظُهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤَدِّبُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْفُسْطَقَ لَا يَمْنَعُ الصَّدَقَ ، وَالتَّعَارُضَ لَا يُعْلَمُ بِهِ كَذِبُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ بَعَيْنِهَا ، وَالْغِلَظُ قَدْ يَعْزُضُ لِلصَّادِقِ الْعَدْلِ وَلَا يَتَعَمَّدُهُ ، فَيُعْفَى عَنْهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَيْسَ / عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٢٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا ، وَالتَّسْيَانِ ، (٢٥) وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ (٢٦) » .

و ١٢٣/١١

فصل : ومتى عِلِمُ أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِالزُّورِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الْحَكَمَ كَانَ بَاطِلًا ، وَلَزِمَ نَقْضُهُ ، لِأَنَّ تَبَيَّنًا كَذِبَهُمَا فِيمَا شَهِدَا بِهِ ، وَبُطْلَانُ مَا حَكَمَ بِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ بِهِ مَالًا ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ إِنْثِلَاقًا ، فَعَلِيَ الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَبَبُ إِنْثِلَاقِهِ ، إِلَّا أَنْ

(١٨) سقط من : ١ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « والذين » .

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٢٠٩/١٠ .

(٢١) في ب ، م : « يراه » .

(٢٢) في ب : « هذا » .

(٢٣) في الأصل : « بإقرار » .

(٢٤) سورة الأحزاب ٥ .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . وتقدم تخريج الحديث ، في : ١٤٦/١ .

يُثْبِتُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا مِنْ غَيْرِ مُوَافَقَةِ الْحُكُومِ لَهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ رُجُوعًا مِنْهُمَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا ، وَقَدْ بَيَّنَّا حَكْمَ ذَلِكَ .

فصل : فَإِذَا تَابَ شَاهِدُ الزُّورِ ، وَأَتَتْ عَلَى ذَلِكَ مُدَّةٌ تَظْهَرُ فِيهَا تَوْبَتُهُ ، وَبَيَّنَّ صِدْقَهُ فِيهَا ، وَعَدَّ اللَّهُ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَائِبٌ مِنْ ذَنْبِهِ ، فَقُبِلَتْ تَوْبَتُهُ ، كَسَائِرِ التَّائِبِينَ . وَقَوْلُهُ : لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ ذَلِكَ . قُلْنَا : مُجَرَّدُ الْإِحْتِمَالِ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ ؛ بِدَلِيلِ سَائِرِ التَّائِبِينَ ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُمْ مُعَاوَدَةُ ذُنُوبِهِمْ وَلَا غَيْرِهَا ، وَشَهَادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٤ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا غَيَّرَ الْعَدْلُ شَهَادَتَهُ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ ، فَرَادَ فِيهَا أَوْ نَقَصَ ، قُبِلَتْ مِنْهُ ، مَا لَمْ يَحْكَمْ بِشَهَادَتِهِ)

وهذا مثل أن يشهد بمائة ، ثم يقول : هي مائة وخمسون . أو يقول : بل هي تسعون . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ رُجُوعُهُ ، وَيُحْكَمُ بِمَا شَهِدَ بِهِ آخِرًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ حَبِيبٍ الْمُحَارَبِيُّ ^(١) ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ الْأُولَى وَلَا الْآخِرَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُرَدُّ الْأُخْرَى وَتُعَارِضُهَا ، وَلِأَنَّ الْأُولَى مَرْجُوعٌ عَنْهَا ، وَالثَّانِيَةُ غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهَا ، لِأَنَّهَا مِنْ مُقَرَّرٍ يَعْطِطُهُ وَخَطِئُهُ / فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَلَطِ كَالأُولَى . وَقَالَ مَالِكٌ : يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ ^(٢) قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى الشَّهَادَةَ وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهَا ، كَمَا لَوْ اتَّصَلَ بِهَا الْحُكْمُ . وَلَنَا ، أَنَّ شَهَادَتَهُ الْآخِرَةَ شَهَادَةٌ ^(٣) مِنْ عَدْلٍ غَيْرِ مُتَّهِمٍ ، لَمْ يَرْجَعْ عَنْهَا ، فَوَجَبَ الْحُكْمُ بِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا مَا يُخَالِفُهَا ، وَلَا تُعَارِضُهَا الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا قَدْ بَطَلَتْ بِرُجُوعِهِ عَنْهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا شَرْطُ الْحُكْمِ ، فَيُعْتَبَرُ اسْتِمْرَارُهَا إِلَى انْقِضَائِهِ ^(٤) . وَيُفَارِقُ رُجُوعَهُ بَعْدَ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ تَمَّ بِاسْتِمْرَارِ

(١) سليمان بن حبيب المحاربي ، قاضي دمشق ، إمام كبير القدر ، حكم بدمشق ثلاثين سنة ، توفي سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٢) في ١ ، ب ، م : « بأقل » .

(٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٤) في الأصل : « انقضائها » .

شَرْطُهُ ، فَلَا يَنْقُضُ بَعْدَ تَمَامِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاهُ مِنْهُ ^(٥) خَمْسِمَائَةٍ . فَسَدَتْ شَهَادَتُهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فَقَالَ : إِذَا شَهِدَ أَنَّ لَهُ ^(٦) عَلَيْهِ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا : قَضَاهُ ^(٧) مِنْهُ خَمْسِمَائَةٍ . بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ شَهِدَ أَنَّ الْأَلْفَ جَمِيعُهُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا قَضَاهُ خَمْسِمَائَةٍ ، لَمْ تَكُنِ الْأَلْفُ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ كَلَامُهُ مُتَنَاقِضًا ، فَتَفْسُدُ شَهَادَتُهُ . وَفَارَقَ هَذَا مَا لَوْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ : بَلْ بِخَمْسِمَائَةٍ . لِأَنَّ ذَلِكَ رُجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ بِخَمْسِمَائَةٍ ، وَإِقْرَارٌ بِعَلَطِ نَفْسِهِ ، وَهَذَا لَا يَقُولُ هَذَا عَلَى سَبِيلِ الرُّجُوعِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ بِخَمْسِمَائَةٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمَائَةٍ . أَفْسَدَ شَهَادَتَهُ ، وَلِلْمَشْهُودِ ^(٨) لَهُ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ خَمْسِمَائَةٍ . فَصَحَّحَ شَهَادَتَهُ فِي نِصْفِ الْأَلْفِ الْبَاقِي ، وَأَبْطَلَهَا فِي النِّصْفِ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ قَضَاهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : أَشْهَدُ بِالْأَيْفِ ، بَلْ بِخَمْسِمَائَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ جَاءَ بَعْدَ هَذَا الْمَجْلِسِ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمَائَةٍ . لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَمْضَى الشَّهَادَةَ . فَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ أَنَّهُ إِذَا جَاءَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَشَهِدَ بِالْقَضَاءِ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ / ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ ^(٩) وَجِبَ بِشَهَادَتِهِمَا ، وَحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ : قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمَائَةٍ . قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي بَاقِي الْأَلْفِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ فِي كَلَامِهِ ، وَلَا اخْتِلَافَ .

و ١٢٤/١١

١٩٢٥ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْأَيْفِ ، وَآخَرُ بِخَمْسِمَائَةٍ ، حُكِمَ لِمُدَّعَى الْأَلْفِ ، بِخَمْسِمَائَةٍ ، وَخَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى الْخَمْسِمَائَةِ الْآخَرَى ، إِنْ أَحَبَّ)

(٥) فِي ١ ، م : « مَنَا » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٨) فِي ب ، م : « وَالْمَشْهُود » .

(٩) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « وَقَدْ » .

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء، وشهد الآخر ببعضه، صحَّت الشهادة، وثبت ما اتفقا عليه، وحُكِمَ به. وهذا قول شريح، ومالك، والشافعي، وابن أبي ليلى، وأبي يوسف، ومحمد، وإسحاق، وأبي عبيد. وحكى عن الشعبي، أنه شهد عنده رجلان؛ شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين، فقال: قد اختلفتا، قوما. وحكى عن أبي حنيفة، أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف، وشهد آخر أنه أقر بألفين، لم تصح الشهادة؛ لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بالألفين، ولم يشهد بكل إقرار^(١) إلا واحد. ولنا، أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه، فحُكِمَ به، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه. وما ذكره من أن كل إقرار إنما شهد^(٢) به واحد، ينطّل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة، وشهد الآخر أنه أقر بألف عشية، فإن الشهادة تكمل، مع أن كل إقرار إنما شهد^(٣) به واحد. فأما ما انفرد به أحدهما، فإن للمدعى أن يحلف معه، ويستحق. وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين. وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة، أو لم تختلف الأسباب والصفات. فأما إن اختلفت، مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض، وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع، أو يشهد^(٤) / شاهد بألف بيض، وآخر بخمسمائة سود، أو يشهد أحدهما^(٥) بألف دينار، والآخر بخمسمائة درهم، لم تكمل البيّنة، وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها، أو يحلف^(٦) مع أحدهما ويستحق ما شهد به.

١٢٤/١١ ظ

فصل: فإن شهد له شاهدان بألف، وشاهدان بخمسمائة، ولم تختلف الأسباب والصفات، دخلت الخمسمائة في الألف، ووجب له بالشهادتين [ألف]^(٧). وإن اختلفت الأسباب والصفات^(٨)، وجب له الألف والخمسمائة، ولم يدخل أحدهما في

(١) في ب، م زيادة: «إقرار».

(٢) في أ، م: «يشهد».

(٣) في ب، م: «ويشهد».

(٤) في أ، م: «شاهد».

(٥) في م: «ويحلف».

(٦) في م: «مائة» خطأ. ولم يرد شيء في الأصل، أ، ب. ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) في أ: «أو الصفات».

الآخر ؛ لأنهما مختلفان .

فصل : وإن شهد له شاهد ، أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد آخر ، أنه باعه إياه بخمسمائة ، لم تكمل البيئة ؛ لاختلافهما في صفة البيع ، وله أن يحلف مع أحدهما ، ويثبت له ما حلف عليه . وإن شهد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان ، وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف ، وشهد الآخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البيئتان ، وسقطتا ؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما ، وكل بيئة تكذب الأخرى . وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد^(٨) ، كان له أن يحلف مع أحدهما ، ولا يتعارضان ؛ لأن التعارض إنما يكون بين البيئتين الكاملتين .

فصل : وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان ، وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه ، وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم ؛ لأنهما اتفقا على درهمين ، وانفرد أحدهما بدرهم^(٩) ، فأشبهه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ؛ لأنه قد شهد بها شاهدان ، وهما حجة ، فيجب الأخذ بهما ، كما / يؤخذ بالزيادة في الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف ، وشاهدان بألفين ، فإنه يجب له ألفان . قال القاضي : ويتوجه لنا مثل هذا ، بناء على مسألة الألف وخمسمائة . ولنا ، أن من شهد أن قيمته درهمان ، ينفي أن^(١٠) قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البيئتان في الدرهم ، ويخالف الزيادة في الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفي الزيادة ، وكذلك من شهد بألف ، لا ينفي أن عليه ألفا آخر . فإن قيل : فلم قلتم : إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان ، تعارضتا ، وإن شهد واحد ، لم تتعارضتا ، وكان له أن يحلف مع^(٨) الشاهد بالزيادة عليها . قلنا : لأن الشاهدين حجة وبيئة ، فإذا كملت من

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل ، م .

(١٠) في م زيادة : « تكون » .

الجانبيين ، تعارضت الحجتان ؛ لتعذر الجمع بينهما ، وأما ^(١١) الشاهد الواحد ، فليس بحجة وحده ، وإنما يصير حجة مع اليمين ، فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ، ولم ^(١٢) يعارضهما ما ليس بحجة ، كإلو شهد بأحدهما شاهدان ، وبالأخر شاهداً واحداً .

١٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعى شَهَادَةَ عَدْلٍ ، فَأُنْكَرَ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَقَالَ : كُنْتُ أُنْسِيهَا . قُبِلَتْ مِنْهُ)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ، ثم شهد بها ، وقال : كنت أنسيها . قُبِلَتْ ، ولم تُردَّ شهادته . وهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق . ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، وإذا كان ناسيها ، فلا شهادة عنده ، فلا تُكذِّبُه مع إمكان صدقه . ولا يُشبه هذا ^(١٣) ما إذا ^(١٤) قال : لا بينة لي . ثم أتى ببيته ، حيث لا تُسمع ؛ فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البيته ، والإنسان يُؤخذ بإقراره ، وقول الشاهد : لا شهادة عندي . ليس بإقرار ؛ فإن الشهادة ليست له ، وإنما هي حق عليه ، فيكون منكراً لها ، فإذا اعترف بها ، كان إقراراً بعد الإنكار ، وهو مسموع ، بخلاف الإنكار بعد / الإقرار ^(١٥) ، ولأن الناسي للشهادة ^(١٦) لا شهادة ^(١٧) له ^(١٨) عنده ، فهو صادق في إنكاره ، فإذا ذكرها ، صارت عنده ، فلا تنافي بين القولين ، وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ^(١٩) ، ثم استشهد ^(٢٠) بعد ذلك ، فصارت عنده ، بخلاف من أنكر أن له بيته ، ^(٢١) فإنه لا يخرج عن أن يكون له بيته ^(٢٢) ينسيانها .

١٩٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ ، يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ بَعْضُهَا ، بَطَلَتْ

(١١-١١) سقط من : ب .

(١-١) في م : « إذا ما » .

(٢) في م : « الإنكار » .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) سقط من : ١ .

شَهَادَتُهُ فِي الْكُلِّ (

وجملته أن مَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ لَهُ بَعْضُهَا ؛ مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ الشَّرِيكَ لَشَرِيكِهِ بِمَالٍ مِنَ الشَّرَكَةِ ، أَوْ يَشْهَدَ عَلَى زَيْدٍ بِدَارِهِ وَلَعَمْرِي ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تَبْطُلُ فِي الْكُلِّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، تَصِحُّ شَهَادَتُهُ لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَجَنِبِيٌّ ، فَتَصِحُّ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا شَرِكٌ^(١) . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ هَذَا ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا فِي عِبْدٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، اشْتَرَى نَفْسَهُ مِنْهُمْ بِثَلَاثِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُمْ قَبَضُوهَا مِنْهُ ، فَأَنْكَرَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ أَحَدَ شَيْئًا ، فَأَقْرَأَهُ اثْنَانِ ، وَشَهِدَ أَعْلَى الْمُنْكَرِ بِالْقَبْضِ ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُمَا تُقْبَلُ عَلَيْهِ ، وَيُشَارِكُهُمَا فِي مَا أَخَذَ مِنَ الْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ رُدَّ بِبَعْضِهَا لِلتُّهْمَةِ ، فَتُرَدُّ جَمِيعُهَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَ الْمُضَارِبُ لِرَبِّ الْمَالِ بِمَالٍ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَلَوْ شَهِدَ بَدْنَيْنِ لِأَيِّهِ وَأَجَنِبِيٍّ ، أَوْ شَهِدَ^(٢) بِشَهَادَةٍ تُرَدُّ فِي بَعْضٍ مَا شَهِدَ بِهِ ، بَطَلَتْ كُلُّهَا .

١٩٢٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ ابْنًا ، وَأَلْفَ دِرْهَمٍ ، فَأَدَّعَى رَجُلٌ عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَصَدَّقَهُ الْإِبْنُ^(١) ، وَأَدَّعَى آخَرٌ مِثْلَ ذَلِكَ ، وَصَدَّقَهُ الْإِبْنُ ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، كَانَتِ^(٢) الْأَلْفُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، كَانَتِ^(٣) الْأَلْفُ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي)

وجملته أن الْمَيِّتَ إِذَا خَلَفَ وَارِثًا ، وَتَرَكَهُ ، فَأَقْرَأَ الْوَارِثَ لِرَجُلٍ بَدْنَيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ يَسْتَعْرِقُ مِيرَاثَهُ ، فَقَدْ أَقْرَأَ بَتَعْلُقِ دَيْنِهِ بِجَمِيعِ التَّرَكَةِ ، وَاسْتَحْقَاقِهِ لْجَمِيعِهَا ، فَإِذَا أَقْرَأَ بَعْدَ ذَلِكَ لآخَرَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي الْمَجْلِسِ ، صَحَّ الْإِقْرَارُ ، وَاشْتَرَكَ فِي التَّرَكَةِ ؛ / لِأَنَّ حَالَةَ الْمَجْلِسِ كُلُّهَا ١٢٦/١١ وَكَحَالَةِ وَاحِدَةٍ ، بِدَلِيلِ الْقَبْضِ ،^(١) (فِي مَا^(٢)) يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ فِيهِ ، وَإِمَّا كَانَ الْفَسْخُ فِي الْبَيْعِ ، وَلُحُوقِ الزِّيَادَةِ فِي الْعَقْدِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ . وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛

(١) فِي ١ : شَرِيكَ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : وَشَهِدَ .

(١) فِي م : الْأَب .

(٢) فِي م : كَانَ .

(٣-٣) فِي م : فَمَا .

لأنه يُقرُّ بحقٍّ على غيره ، فإنه يُقرُّ بما يقتضى مشاركة الأول في التركة ، ومزاحمته فيها ،
وتنقيص حقه منها . ولا يُقبل إقرار الإنسان على غيره . وقال الشافعي : يُقبل إقراره ،
ويشتركان فيها ؛ لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لهما لقبيل ، فكذلك
الوارث ؛ ولأن منعه من الإقرار يفضي إلى إسقاط حق الغرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم في
مجلس واحد ، فيبطل حقه بعينته ، ولأن من قبل إقراره أولاً ، قبل إقراره ثانياً ، إذا لم يتغير
حاله ، كالموروث^(٤) . ولنا ، أنه إقرار^(٥) بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره ، على وجه يضُرُّ
به ، تعلقاً يمنع صحته^(٦) تصرفه فيه ، فلم يُقبل ، كإقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو
الجاني . وأما الموروث ، فإن أقر في صحته ، صح ؛ لأن الدين لا يتعلق بماله ،^(٧) وإنما
يتعلق بذمته^(٨) . وإن أقر في مرضه لغريم^(٩) ، لم يحاص^(١٠) المقر له غرماء الصحة ؛ لذلك .
وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ، ثم أقر لآخر في مجلس آخر ، صح ،^(١١) وشارك
الأول^(١٢) ، والفرق بينه وبين الوارث ، أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ، ولا أن
يُعلق^(١٣) به دين آخر ، بأن^(١٤) يستدين ديناً آخر ، فلم يمنع ذلك تعلق^(١٥) الدين بتركته
بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يُعلق بالتركة ديناً آخر بفعله ، فلا يملكه
بقوله ، ولا يملك التصرف في التركة ، ما لم يلتزم قضاء الدين .

فصل : وإن مات ، وترك ألفاً ، فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو^(١٦) للأول ،
ولا شيء للثاني فيه ، سواء كان في مجلس أو مجلسين ؛ لأنه باعترافه للأول ، ثبت له

(٤) في ١ : « كالميراث » .

(٥) في م : « أقر » .

(٦) في ب : « حق » .

(٧-٧) سقط من : ١ ، ب .

(٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٩) في الأصل : « يخلص » .

(١٠) في م : « يتعلق » .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) في الأصل ، ١ : « تعليق » .

(١٣) في ب : « فهي » .

المَلِكُ فِيهِ ، فَصَارَ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي إِقْرَارًا لَهُ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ . وَتَلَزَمَ الْمُقِرُّ غَرَامَتُهُ
لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَيْهِ / بِإِقْرَارِهِ بِهِ لغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ . ١٢٦/١١ ظ

١٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى عَلَى مَرِيضٍ ، فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ ، أُنِيَ :
نَعَمْ . لَمْ يُحْكَمْ بِهَا حَتَّى يَقُولَ بِلِسَانِهِ)

وجملته أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه ، سواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه . وبهذا قال الثوري . وقال الشافعي : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِإِشَارَتِهِ ، إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْكَلَامِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْإِشَارَةِ مِنْ عَاجِزٍ عَنِ الْكَلَامِ ، فَأَشْبَهَ إِقْرَارَ الْأَخْرَسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَا يُوسَّ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَقُمْ إِشَارَتُهُ مَقَامَ نُطْقِهِ ، كَالصَّحِيحِ . وَبِهَذَا فَارَقَ الْأَخْرَسَ ، فَإِنَّهُ مَا يُوسَّ مِنْ نُطْقِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أُرْتِجَ عَلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ ، لَمْ تَصِحَّ صَلَاتُهُ بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ ، بِخِلَافِ الْأَخْرَسِ . وَالْآيَةُ يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا مَعَ إِمْكَانِهِ فِي الْعِدَّةِ ؛ وَلِأَنَّ عَجْزَهُ عَنِ النُّطْقِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتْرَكَ الْكَلَامَ لَصُعُوبَتِهِ عَلَيْهِ وَمَشَقَّتِهِ ، لَا لَعَجْزِهِ . وَإِنْ صَارَ إِلَى حَالٍ يُتَحَقَّقُ^(١) الْإِلْيَاسُ مِنْ نُطْقِهِ ، لَمْ يُوَثَّقْ بِإِشَارَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَرَضَ الَّذِي أَعْجَزَهُ عَنِ النُّطْقِ ، لَمْ يَخْتَصَّ بِلِسَانِهِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَثَرُ فِي عَقْلِهِ أَوْ فِي سَمْعِهِ ، فَلَمْ يَذَرِ مَا قِيلَ لَهُ ، بِخِلَافِ الْأَخْرَسِ ، وَلِأَنَّ الْأَخْرَسَ قَدْ تَكَرَّرَتْ إِشَارَتُهُ حَتَّى صَارَتْ عِنْدَ مَنْ يُعَاشِرُهُ كَالْيَقِينِ ، وَمُمَاطِلَةِ النُّطْقِ ، وَهَذَا لَمْ تَتَكَرَّرْ إِشَارَتُهُ ، فَلَعَلَّهُ لَمْ يُرِدِ الْإِقْرَارَ ، إِنَّمَا أَرَادَ الْإِنْكَارَ ، أَوْ إِسْكَاتَ مَنْ يَسْأَلُهُ ، وَمَعَ هَذِهِ الْفُرُوقِ ، لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ .

١٩٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى ، وَقَالَ : لَا بَيِّنَةَ لِي . ثُمَّ أُنِيَ بَعْدَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لِبَيِّنَتِهِ)

وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف ، وابن المنذر : تُقْبَلُ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْسَى ، أَوْ يَكُونَ الشَّاهِدَانِ سَمِعَا مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الْحَقِّ لَا

(١) في (١) : يحقق .

يَعْلَمُ ، فلا يثبتُ بذلك أنه كَذَبَ ^(١) بَيِّنَتُهُ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ : وإن كان الإِشهادُ / أمرًا تَوَلَّاهُ بنفسِهِ ، لم تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ أَكْذَبُهَا ، وإن كان وكيْلُهُ أَشْهَدَ على المُدَّعَى عليه ، أو شَهِدَ من غيرِ عِلْمِهِ ، أو من غيرِ أن يُشْهَدَهم ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ مَعذُورٌ في نَفْيِهِ إِيَّاهَا . وهذا القولُ حَسَنٌ . ولنا ، أَنَّهُ أَكْذَبَ بَيِّنَتُهُ ، بإِقْرَارِهِ أَنَّهُ لَا يَشْهَدُ لَهُ أَحَدٌ ، فَإِذَا شَهِدَ لِنَاسٍ ، كان تَكْذِيبُ آلِهِ ، ويُفَارِقُ الشَّاهِدَ إِذَا قال : لا شَهادَةَ عِنْدِي . ثم قال : كُنْتُ أَتَسَيَّبُهَا ^(٢) . لَأَنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ لغيرِهِ بَعْدَ الْإِنْكَارِ ، وَهَنا هُوَ مُقَرَّرٌ لِحَصْمِهِ بَعْدِم ^(٣) الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهُ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ^(٤) قال : كُلُّ بَيِّنَةٍ لِي زُورٌ . كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا قال : لا بَيِّنَةٌ لِي . على ما ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا ^(٥) قال : مَا عَلِمْتُ بَيِّنَةً . ثُمَّ أَتَى بَيِّنَةً ، سُمِعَتْ ؛ لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ لَمْ يَعْلَمْهَا ، ثُمَّ عَلِمَهَا . قال أَبُو الْخَطَّابِ : وَلَوْ قال : مَا عَلِمْتُ لِي بَيِّنَةً . فَقَالَ شَاهِدَانِ : نَحْنُ نَشْهَدُ لَكَ . سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ .

١٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيُّ عَلَى مَنْ هُوَ مُوصَى عَلَيْهِمْ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ شَهِدَ لَهُمْ ، لَمْ يُقْبَلْ إِذَا كَانُوا فِي حِجْرِهِ)

^(١) أَمَّا شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ ، فَمَقْبُولَةٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، فَإِنَّهُ لَا يَتَّهَمُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَجُرُّ بِشَهَادَتِهِ عَلَيْهِمْ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ عَنْهُمْ بَاطِلًا . وَأَمَّا شَهَادَتُهُ لَهُمْ إِذَا كَانُوا فِي حِجْرِهِ ^(١) ، فَغَيْرُ مَقْبُولَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَأَجَازَ شُرَيْحٌ ^(٢) وَأَبُو ثَوْرٍ شَهَادَتَهُ لَهُمْ ، إِذَا كَانَ

(١) في ١ : « أَكْذَبَ » .

(٢) في ١ ، ب ، م : « نَسَبْتُهَا » .

(٣) في الْأَصْلِ : « بَعْدَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥) في ١ ، ب ، م : « وَإِنْ » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢) أَخْبَارُ الْقَضَاةِ ٢/٢٧٤ .

الْخَصْمُ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَنَّبِيٌّ مِنْهُمْ ، فَقَبِلْتُ شَهَادَتَهُ لَهُمْ ، كَمَا بَعْدَ زَوَالِ الْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَهِدَ بِشَيْءٍ هُوَ خَصْمٌ فِيهِ ، فَإِنَّهُ الَّذِي يُطَالَبُ بِحُقُوقِهِمْ ، وَيُخَاصِمُ فِيهَا ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ، كَالْمَوْلَى شَهِدَ بِمَا لِنَفْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ (٣) مَا لَهُمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ . فَيَكُونُ مَتَّهِمًا فِي الشَّهَادَةِ بِهِ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِ . فَإِنَّهُ يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ (٤) شَهِدَ لَهُمْ بَعْدَ زَوَالِ وِلَايَتِهِ عَنْهُمْ ، قَبِلْتُ شَهَادَتَهُ ؛ لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي مَنَعَ قَبُولَهَا . وَالْحُكْمُ فِي أَمِينِ الْحَاكِمِ يَشْهَدُ لِلْأَيْتَامِ الَّذِينَ هُمْ تَحْتَ وِلَايَتِهِ ، كَالْحُكْمِ / فِي الْوَصِيِّ ، سَوَاءً .

ظ ١٢٧/١١

١٩٣٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا شَهِدَ مَنْ يُخْتَلَفُ فِي الْأَخْيَانِ ، قَبِلْتُ شَهَادَتَهُ فِي إِفَاقِهِ)

قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ نَحَفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمَنْ حَفِظْنَا عَنْهُ ذَلِكَ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَحْسَبُهُ إِلَّا مَذْهَبَ أَهْلِ الْكُوفَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَعْتِبَارَ فِي الشَّهَادَةِ بِحَالِ أَدَائِهَا ، وَهُوَ فِي وَقْتِ الْأَدَاءِ مِنْ أَهْلِ التَّحْصِيلِ وَالْعَقْلِ الثَّابِتِ ، فَقَبِلْتُ شَهَادَتَهُ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا كَبُرَ ، وَلِأَنَّهُ عَدْلٌ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَقَبِلْتُ شَهَادَتَهُ ، كَالصَّحِيحِ ، وَزَوَالِ عَقْلِهِ فِي غَيْرِ حَالِ الشَّهَادَةِ ، لَا يَمْنَعُ قَبُولَهَا ، كَالصَّحِيحِ الَّذِي يَنَامُ ، وَالْمَرِيضِ الَّذِي يُغْمَى عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْأَخْيَانِ .

١٩٣٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الطَّبِيبِ فِي الْمَوْضِئَةِ ، إِذَا لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْبَيْطَارُ فِي دَاءِ الدَّابَّةِ)

وَجَمَلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ فِي الشَّجَّةِ ، هَلْ هِيَ مُوَضِئَةٌ أَوْ لَا ؟ أَوْ فِيمَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، كَالْهَاشِمَةِ ، وَالْمُنْقَلَةِ ، وَالْأَمَةِ ، وَالْدَّامِغَةِ ، أَوْ أَصْغَرَ مِنْهَا ، كَالْبَاضِعَةِ ، وَالْمُتَلَاخِمَةِ ، وَالسُّمْحَاقِ ، أَوْ فِي الْجَائِفَةِ ، وَغَيْرِهَا مِنَ الْجِرَاحِ ، الَّتِي لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا الْأَطْبَاءُ ، أَوْ اخْتِلَافًا فِي دَاءٍ يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَةِ الْأَطْبَاءِ ، أَوْ فِي دَاءِ الدَّابَّةِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ إِذَا قُدِّرَ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، أَوْ بَيْطَارَيْنِ ، لَا يُجْزَى وَاحِدٌ (١) ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ تُقْبَلْ فِيهِ

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) : ١ : إِنْ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ب : « بَوَاحِدٍ » .

شهادةً واحدٍ ، كسائرِ الحقوقِ ، فإن لم يُقدَّرْ على اثنين ، أجزأَ واحدٌ ؛ لأنه ممَّا لا يُمكنُ كلَّ واحدٍ أن يشهَدَ به ؛ لأنه ممَّا يَحْتَصُّ به أهلُ الخبرة من أهلِ الصَّنعةِ ، فاجتزأَ فيه بشهادةٍ واحدٍ ، بمنزلةِ العيوبِ تحتِ الثَّيابِ ، يُقبَلُ فيها قولُ المرأةِ الواحدةِ ، فقبُولُ قولِ الرجلِ الواحدِ أوَّلَى .

فصل : قال أحمدُ ، رحمه الله ، إذا قال : أشهَدُ على مائةِ درهمٍ ومائةِ درهمٍ ^(٢) ومائةِ درهمٍ ^(٣) . فشهِدَ على مائةٍ دونَ مائةٍ ، كرهَ ، إلَّا أن يقولَ : أشهَدُ ونِي ^(٤) على مائةٍ ومائةٍ . يحكيه كله للحاكم كما كان . وقال أحمدُ : إذا شهدَ على ألفٍ ، وكان الحاكمُ / لا يحكمُ إلَّا على مائةٍ ومائتين ، فقال له صاحبُ الحقِّ : أريدُ أن تشهَدَ لي على مائةٍ ، لم يشهَدَ إلَّا بألفٍ . قال القاضي : وذلك أن على الشَّاهدِ نقلَ الشَّهادةِ على ما شَهِدَ ، قال الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ أَذْنٰى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا ﴾ ^(٥) . ولأنَّه لو سَأَلَ للشَّاهدِ أن يشهَدَ ببعض ما أشهَدَ عليه ، لسَأَلَ للقاضي أن يَقْضِيَ ببعض ما شَهِدَ به الشَّاهدُ . وقال أبو الخطَّابِ : عندى يجوزُ أن يشهَدَ بذلك ؛ لأنَّ مَنْ شَهِدَ بألفٍ ، فقد شَهِدَ بمائةٍ ، فإذا شَهِدَ بمائةٍ ، لم يَكُنْ كاذبًا في شهادته ، فجازَ ، كما لو كان قد أَقرضَه مائةً مرَّةً ، وتَسَعَّمائَةً مرَّةً أُخْرَى . والأوَّلُ أَصحُّ ؛ لما ذكره القاضي ، ولأنَّ شهادته بمائةٍ رُبَّمَا أَوْهَمَتْ ^(٦) أن هذه المائة غيرُ التي شَهِدَتْ بأصله ، فيؤدَّى إلى إيجابها عليه مرَّتين .

فصل : قال أحمدُ : إذا شَهِدَ بألفٍ درهمٍ ومائةٍ دينارٍ ، فله مِن دراهمِ ذلك البلدِ ودنانيره . قال القاضي : لأنه لما جازَ أن يُحْمَلَ مُطْلَقُ الْعَقْدِ على ذلك ، جازَ أن تُحْمَلَ الشهادةُ عليه . والله أعلمُ .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في ١ ، ب ، م : « أشهد ونِي » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة المائدة ١٠٨ .

(٦) في الأصل ، ١ ، ب : « أوهم » .

كتاب الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَات

الدَّعْوَى ^(١) (في اللغة ^(٢)): إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، ملكاً، أو استحقاقاً، أو صفةً ^(٣)، أو نحو ذلك. وهي في الشرع: إضافة إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته. والمُدَّعى عليه، مَنْ يُضَافُ إليه استحقاق شيء عليه. وقال ابن عقيل: الدَّعْوَى الطَّلَبُ، قال الله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ ^(٤). وقيل: المُدَّعى مَنْ يَلْتَمِسُ بَقَوْلِهِ أَخَذَ شَيْءٌ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ، أو إثبات حق في ذمته. والمُدَّعى عليه مَنْ يُنْكِرُ ذَلِكَ. وقيل: المُدَّعى مَنْ إِذَا تَرِكَ لَمْ يَسْكُتْ، والمُدَّعى عليه مَنْ إِذَا تَرِكَ سَكَتَ. وقد يكون كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِياً وَمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ بَأَن يَخْتَلِفَا فِي الْعَقْدِ، فَيَدَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الثَّمَنَ غَيْرُ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُهُ. والأصل في الدَّعْوَى قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ» ^(٥) رواه مسلم ^(٦). وفي حديث: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعى، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ» ^(٧). ولا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ.

١٩٣٤ - مسألة؛ قال أبو القاسم، رحمه الله: (وَمَنْ ادَّعى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ، فَأَنكَرَتْهُ، وَلَمْ تُكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ يُحْلَفْ)

وجُمِلَتْهُ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ يُسْتَحْلَفَ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمِيٍّ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْذِرِ،

(١-١) سقط من: الأصل، أ، ب.

(٢) في أ: «صفة».

(٣) سورة يَسَّ ٥٧.

(٤-٤) في أ: «متفق عليه». وتقدم تخريجه، في: ٥٢٥/٦.

(٥) تقدم تخريجه، في: ٥٨٧/٦.

ونحوه قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(١) . وَلأنَّهُ حَقٌّ لَادِمِي ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالْمَالِ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ ، فَإِنْ نَكَلَ ، أُلْزِمَ النِّكَاحَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ نَكَلَ ، رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الزَّوْجِ فَحَلَفَ ، وَبَيَّتَ النِّكَاحَ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَحِلُّ بِذَلِكَ ، فَلَمْ يُسْتَحْلَفْ فِيهِ ، كَالْحَدِّ . يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْأَبْضَاعَ مِمَّا يُخْتَاطُ فِيهَا ، فَلَا تُبَاحُ بِالنُّكُولِ ، وَلَا بِهِ وَبِإِمِينِ الْمُدَّعَى ، كَالْحُدُودِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النُّكُولَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ قَوِيَّةٍ ، إِنَّمَا هُوَ سُكُوتٌ مُجَرَّدٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِحُفْوِهِ مِنَ الْيَمِينِ ، أَوْ لِلْجَهْلِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ ، أَوْ لِلْحَيَاءِ مِنَ الْحَلِفِ وَالتَّبَذُّلِ فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، وَمَعَ هَذِهِ الْأَحْتِمَالِ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِهِ فِيمَا يُخْتَاطُ لَهُ ، وَيَمِينُ الْمُدَّعَى إِنَّمَا هِيَ قَوْلُ نَفْسِهِ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى بِهَا أَمْرًا فِيهِ خَطَرٌ عَظِيمٌ ، وَإِنَّمَا كَبِيرٌ ، وَبِمَكْنُ مِنْ وَطْءِ امْرَأَةٍ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أَجَنَبِيَّةً مِنْهُ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَأَيْنَمَا يَتَنَوَّلُ ^(٢) الْأَمْوَالُ وَالْدِّمَاءُ ، فَلَا يَدْخُلُ النِّكَاحُ فِيهِ ، وَلَوْ دَخَلَ فِيهِ كُلُّ دَعْوَى ، لَكَانَ مَخْصُوصًا بِالْحُدُودِ ، وَالنِّكَاحُ فِي مَعْنَاهُ ، بَلِ النِّكَاحُ أَوَّلَى ، لِأَنَّهُ لَا يَكَادُ يَخْلُو مِنْ شُهُودٍ ، لَكُونَ ^(٣) الشَّهَادَةُ شَرْطًا فِي انْعِقَادِهِ ، أَوْ مِنْ اشْتِهَارِهِ ، فَيُشْهِدُ فِيهِ بِالْاِسْتِفَاضَةِ ، وَالْحُدُودُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا / وَيُخْلَى سَبِيلُهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَحْلِفُ عَلَى الْاِحْتِمَالِ الْآخِرِ . فَتَكَلَّتْ ، لَمْ يَقْضَ بِالنُّكُولِ ، وَتُحْبَسُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، حَتَّى تُقَرَّ أَوْ تَحْلِفَ ، وَفِي الْآخِرِ ، يُخْلَى سَبِيلُهَا ، وَتَكُونُ فَائِدَةُ شَرْعِ الْيَمِينِ التَّخْوِيفَ وَالرَّدْعَ ، لِتَقَرُّ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى مُحِقًّا ، أَوْ تَحْلِفَ ، فَتَبْرَأَ إِنْ كَانَ مُبْطِلًا .

و ١٢٩/١١

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ ، احْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِ شَرَايِطِ النِّكَاحِ ، فَيَقُولُ : تَزَوَّجْتَهَا بَوْلَى مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ وَرِضَاهَا . إِنْ كَانَتْ مَمَّنْ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ شَرَايِطِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ

(١) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٢) في ب ، م ، : تناول .

(٣) في الأصل : لكن .

مِلْكٍ ، فَأَشْبَهَ مِلْكَ الْعَبْدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : وَلَيْسَتْ مُعْتَدَّةٌ وَلَا مُرْتَدَّةٌ .
ولنا ، أَنَّ النَّاسَ اخْتَلَفُوا فِي شُرَاطِ النِّكَاحِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يَشْتَرِطُ الْوَلِيَّ وَالشُّهُودَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا
يَشْتَرِطُ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَشْتَرِطُ إِذْنَ الْبِكْرِ الْبَالِغِ لَأُيَهِهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَشْتَرِطُهُ ، وَقَدْ
يَدْعِي نِكَاحًا يَعْتَقِدُهُ صَحِيحًا ، وَالْحَاكِمُ لَا يَرَى صِحَّتَهُ ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْكُمَ بِصِحَّتِهِ مَعَ
جَهْلِهِ بِهَا ، وَلَا (٤) يَعْلَمُ بِهَا (٥) مَا لَمْ تُذَكِّرِ الشُّرُوطُ ، وَتَقُومُ الْبَيِّنَةُ بِهَا ، وَتُفَارِقُ الْمَالَ ، فَإِنَّ أَسْبَابَهُ
لَا (٥) تَنْحَصِرُ ، وَقَدْ يَخْفَى عَلَى الْمُدْعَى سَبَبُ ثُبُوتِ حَقِّهِ ، وَالْعُقُودُ تَكْثُرُ شُرُوطُهَا ،
وَلِذَلِكَ اشْتَرَطْنَا لَصِحَّةِ الْبَيْعِ شُرُوطًا سَبْعَةً ، وَرَبَّمَا لَا يُحْسِنُ الْمُدْعَى عَدَّهَا وَلَا يَعْرِفُهَا ،
وَالْأَمْوَالُ مِمَّا يُتَسَاهَلُ فِيهَا ؛ وَلِذَلِكَ افْتَرَقْنَا فِي اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ فِي عُقُودِهِ ، فَافْتَرَقْنَا فِي
الدَّعْوَى . وَعَدَمُ الْعِدَّةِ وَالرَّدَّةِ ، (٦) الْأَصْلُ عَدَمُهَا ، وَلَا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ (٦) ، وَلَا تَخْتَلِفُ
بِهِ الْأَعْرَاضُ . فَإِنَّ كَانَتِ الْمَرْأَةُ أُمَةً وَالزَّوْجُ حُرًّا ، فَقِيَاسُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ
عَدَمِ الطُّوْلِ ، وَخَوْفِ الْعَنْتِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ شُرَاطِ صِحَّةِ نِكَاحِهَا ، وَأَمَّا إِنْ ادَّعَى اسْتِدَامَةَ
الزَّوْجِيَّةِ ، وَلَمْ يَدَّعِ الْعَقْدَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ شُرُوطِهِ ، (٧) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ / لِأَنَّهُ يُثْبِتُ ١٢٩/١١ ظ
بِالْإِسْتِفَاضَةِ . وَلَوْ اشْتَرَطَ ذِكْرَ الشُّرُوطِ ، لَا شَتَرَطِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي
شَهَادَةِ الْإِسْتِفَاضَةِ . وَفِي الثَّانِي يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الشُّرُوطِ ؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى نِكَاحٍ ، فَأَشْبَهَ
دَعْوَى الْعَقْدِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ عَلَى زَوْجِهَا ، وَذَكَرَتْ مَعَهُ حَقًّا مِنْ حُقُوقِ
النِّكَاحِ ، كَالصَّدَاقِ وَالنَّفَقَةِ وَنَحْوِهَا ، سُمِعَتْ دَعْوَاهَا . بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَدْعَى
حَقًّا لَهَا تُضَيِّفُهُ إِلَى سَبَبِهِ ، فَتُسْمَعُ دَعْوَاهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَتْ مِلْكًَا أَضَافَتْهُ إِلَى الشُّرَاءِ . وَإِنْ
أَفْرَدَتْ (٨) دَعْوَى النِّكَاحِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : تُسْمَعُ دَعْوَاهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِحُقُوقِهَا ،
فَتُسْمَعُ دَعْوَاهَا فِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهَا (٩) ؛

(٤-٤) في ١ : يعلمها .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦-٦) في م : لم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها .

(٧) في م : الشروط .

(٨) في ب : انفردت .

(٩) في م زيادة : فيه .

لأنَّ النِّكَاحَ حَقٌّ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهَا حَقًّا لغيرِهَا . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، سُئِلَ
الزَّوْجُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُسْتَحْلَفِ الْمَرْأَةُ
وَالْحَقُّ عَلَيْهَا ، فَلَا يُسْتَحْلَفُ مِنَ الْحَقِّ لَهُ ، ^(١٠) وَهُوَ يُنْكِرُهُ ^(١١) ، أَوَّلَى ^(١٢) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهَا إِنَّمَا سُمِعَتْ لِتَضْمِنُهَا دَعْوَى ^(١٣) حُقُوقِ مَالِيَّةٍ تُشْرَعُ فِيهَا
الْيَمِينُ . وَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالنِّكَاحِ ، ثَبَتَ لَهَا مَا تَضَمَّنَهُ النِّكَاحُ مِنْ حُقُوقِهَا . وَأَمَّا إِبَاحَتُهَا
لَهُ ، فَتَنْبِيْ عَلَى بَاطِنِ الْأَمْرِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا أَمْرَأَتُهُ ، ^(١٤) حَلَّتْ لَهُ ؛ لِأَنَّ إِنْكَارَهُ النِّكَاحَ لَيْسَ
بِطَّلَاقٍ ، وَلَا نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْرَأَتُهُ ؛ إِمَّا لَعَدَمِ الْعَقْدِ ، أَوْ لَبَيْنُوْنَتِهَا
مِنْهُ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ . وَهَلْ يُمَكِّنُ مِنْهَا فِي الظَّاهِرِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُمَكِّنُ مِنْهَا ؛
لِأَنَّ الْحَاكِمَ قَدْ حَكَمَ بِالزَّوْجِيَّةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُمَكِّنُ مِنْهَا ، لِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِتَحْرِيمِهَا
عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، دُونَ مَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ ^(١٥) أَمْرَأَةً ، ثُمَّ قَالَ : هِيَ أُخْتِي
مِنَ الرِّضَاعَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ دَعْوَاهَا النِّكَاحَ كَدَعْوَى الزَّوْجِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، مِنْ
الْكَشْفِ عَنْ سَبَبِ النِّكَاحِ ، وَشَرَائِطِ الْعَقْدِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي هَذَا /
١٣٠/١١
الفصل .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ الْعُقُودِ ^(١٥) غَيْرُ النِّكَاحِ ^(١٥) ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالصِّلَحِ وَغَيْرِهَا ، فَلَا
يَفْتَقِرُ إِلَى الْكَشْفِ ، وَذَكَرَ الشُّرُوطَ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا لَا يَحْتَاطُ بِهَا وَلَا تَفْتَقِرُ إِلَى
الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى الْكَشْفِ ، كَدَعْوَى الْعَيْنِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً أَوْ
غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهَا مَبِيعٌ ، فَأَشْبَهَتِ الْعَبْدَ ^(١٦) ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدْعَى عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، لَمْ يَحْتَاجْ
إِلَى ذِكْرِ السَّبَبِ ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَ ذَلِكَ تَكْثُرُ وَلَا تَنْحَصِرُ ، وَرَبَّمَا خَفِيَ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ سَبَبُ

(١٠-١١) سقط من : أ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) في أ : « معنى » .

(١٣) في م : « زوجته » .

(١٤) في ب : « زوج » .

(١٥-١٥) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : « الجارية » .

استَحَقَّاهُ ، فلا يُكَلَّفُ بَيَّانَهُ ، وَيُكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ : أَسْتَحِقُّ هَذِهِ الْعَيْنَ الَّتِي فِي يَدِهِ ، أَوْ أَسْتَحِقُّ كَذَا وَكَذَا فِي ذِمَّتِهِ . وَيَقُولُ فِي الْبَيْعِ : إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْهُ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، أَوْ بَعْتُهَا مِنْهُ بِذَلِكَ . وَلَا يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : وَهِيَ مِلْكُهُ ، ^(١٧) أَوْ وَهِيَ مِلْكِي ^(١٧) - ^(١٨) وَنَحْوَ ذَلِكَ ^(١٨) الْأَمْرُ - وَتَفَرَّقْنَا عَنْ تَرَاضٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْعُقُودِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهَا ، قِيَاسًا عَلَى النِّكَاحِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، وَوَجْهًا ثَالِثًا ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً ، اشْتَرَطَ ذِكْرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ ، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَهَا ، لَمْ يُشْتَرَطْ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى فِيمَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوَلِيُّ وَالشَّهْوُدُ ، أَشْبَهَ دَعْوَى الْعَيْنِ . وَمَا لَزِمَ ذِكْرُهُ فِي الدَّعْوَى ، فَلَمْ يَذْكُرْهُ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، لِتَصْيِيرِ الدَّعْوَى مَعْلُومَةً ، فِيمُكِّنَ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ بِهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا سَائِرَ الدَّعَاوَى فِيمَا سَبَقَ ، بِمَا أَغْنَى عَنْ إِعَادَتِهِ هَهُنَا .

١٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى ذَابَّةً فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأَنْكَرَ ^(١) ، وَأَقَامَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِي بِبَيِّنَتِهِ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَنَا بِسَمَاعِ ^(٢) بَيِّنَةٍ / الْمُدَّعَى وَيَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهَا لَهُ ، أَوْ قَالَتْ : وَلَدَتْ فِي مِلْكِهِ ^(٣))

﴿ وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ ادَّعَى شَيْئًا فِي يَدِ غَيْرِهِ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ بَيَّنَّ الْمُدَّعَى تُسَمَّى بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تُسَمَّى بَيِّنَةُ الدَّاحِلِ ، وَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرُّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا إِذَا تَعَارَضَتَا ، فَالْمَشْهُورُ عَنْهُ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِجَهَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَعَنْهُ ، رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، إِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاحِلِ بِسَبَبِ الْمَلِكِ ، وَقَالَتْ ^(٤) : نُبِتَتْ فِي مِلْكِهِ ، أَوْ اشْتَرَاهَا ، أَوْ نَسَجَهَا . أَوْ كَانَتْ بَيِّنَتُهُ

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) في النسخ : « ونحن جائز » .

(١) في ١ : « فأنكره » .

(٢) في ١ : « باستماع » .

(٣) في م زيادة : « عليه » .

(٤) في الأصل : « فقال » . وفي ب : « فقالت » .

أَقْدَمَ تَارِيخًا، قُدِّمَتْ، وَإِلَّا قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى . وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور، في التناج والتساج، فيما لا يتكرر نسجه، فأما ما يتكرر نسجه، كالصوف والخز، فلا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ؛ لأنها إذا شهدت بالسبب، فقد أفادت ما لا تُفِيدُهُ الْيَدُ ، وقد روى جابر بن عبد الله ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي ذَابِيَةٍ أَوْ بَعِيرٍ ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ بِأَنَّهَا لَهُ ، ائْتَجَهَا ، فَقَضَىٰ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ^(٥) . وذكر أبو الخطاب ، روايةً ثالثةً ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تُقَدَّمُ بِكُلِّ حَالٍ . وهو قول شريح ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والحَكَمُ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبى عُبَيْد . وقال : هو قول أهل المدينة ، وأهل الشام . وَرَوَى ذَلِكَ ^(٦) عَنْ طَاوُسٍ . وَأَنْكَرَ الْقَاضِي كَوْنُ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، وَقَالَ : لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ إِذَا لَمْ تُقَدَّمْ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ يَدُهُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَاجْتَنَحَ مَنْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّ جَنِبَةَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَقْوَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَيَمِينُهُ تُقَدَّمُ عَلَى يَمِينِ الْمُدَّعَى ، فَإِذَا تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَجَبَ إِنْقَاءُ يَدِهِ عَلَى مَا فِيهَا ، وَتَقْدِيمُهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَجَدِثُ جَابِرٌ يُدُلُّ عَلَى هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا قُدِّمَتْ ^(٧) بَيِّنَتُهُ لِيَدِهِ . وَلَنَا ، / قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٨) . فَجَعَلَ جَنْسَ الْبَيِّنَةِ فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى ، فَلَا يَبْقَى فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الْمُدَّعَى أَكْثَرُ فَائِدَةً ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرْحِ عَلَى التَّعْدِيلِ . وَدَلِيلُ كَثَرَةِ فَائِدَتِهَا ، أَنَّهَا تُثَبِّتُ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ، وَبَيِّنَةُ الْمُنْكَرِ إِنَّمَا تُثَبِّتُ ظَاهِرًا تَدُلُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ تَكُنْ مُفِيدَةً ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَلِكِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنَدُهَا رِوَايَةُ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفُ ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَصَارَتِ الْبَيِّنَةُ بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الْمُفْرَدَةِ ، فَتَقَدَّمُ عَلَيْهَا بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى ، كَمَا تُقَدَّمُ عَلَى الْيَدِ ، كَمَا أَنَّ شَاهِدِي الْفَرْعِ لَمَّا كَانَا مَبْنِيَيْنِ عَلَى شَاهِدِي الْأَصْلِ ، لَمْ تَكُنْ لَهُمَا مَزِيَّةً عَلَيْهِمَا .

و ١٣١/١١

(٥) أخرجه البيهقي ، في : باب المتداعين يتنازعان ... ، من كتاب الدعوى والبيّنات . السنن الكبرى ٢٥٦/١٠ . والدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٩/٤ . والإمام الشافعي ، انظر : كتاب الأحكام والأقضية ، من ترتيب المسند ١٨٠/٢ .

(٦) سقط من : م .

(٧) في ١ : « قدم » .

(٨) تقدم تخريجه ، في حاشية : ٥٨٧/٦ .

فصل : وأَيُّ الْبَيِّنَتَيْنِ قَدَّمَاهَا ، لَمْ يَخْلِفْ صَاحِبُهَا مَعَهَا . وقال الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يُسْتَحْلَفُ صَاحِبُ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ سَقَطَتَا بِتَعَارُضِهِمَا ، فَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهما ، فَيُحْلَفُ الدَّاخِلُ ^(٩) كما لو لم تَكُنْ لَواحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً . ولَنَا ، أَنَّ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ رَاجِحَةٌ ، فَيُجِبُ الْحُكْمَ بِهَا مُنْفَرَدَةً ، كما لو تَعَارَضَ خَبْرَانِ ، خَاصٌّ وَعَامٌّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا أَرْجَحُ بَوَجهٍ مِنَ الْوُجُوهِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ تَسْقُطُ ، وَإِنَّمَا تُرْجَحُ ، وَيُعْمَلُ بِهَا ، وَتُسْقُطُ الْمَرْجُوحَةُ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعَى وَخَذَهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَلَمْ يَخْلَفْ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وهو قولُ أَهْلِ الْفُتْيَا مِنْ أَهْلِ الْأَمْصَارِ ؛ مِنْهُمْ الزُّهْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال شُرَيْحٌ ، وَعَوْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ^(١٠) ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يُسْتَحْلَفُ الرَّجُلُ مَعَ بَيِّنَتِهِ . قال شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ ^(١١) : لَوْ أَثْبَتَ عِنْدِي كَذَا وَكَذَا شَاهِدًا ، مَا قَضَيْتُ لَكَ حَتَّى تَحْلِفَ ^(١٢) . ولَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ : / « بَيْنْتُكَ ، أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » ^(١٣) . ١٣١/١١ ظ
وقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . وَلِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِحْدَى حُجَّتِي الدَّعْوَى ، فَيُكْتَفَى بِهَا ، كَالْيَمِينِ . قال أَصْحَابُنَا : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحَاضِرِ وَالْعَائِبِ ، وَالْحَيِّ وَالْمَيِّتِ ، وَالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَالْمَجْنُونِ وَالْمُكَلَّفِ . وقال الشَّافِعِيُّ : إِذَا كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَا يَعْزُرُ عَنْ نَفْسِهِ ، أُخْلِفَ ^(١٤) الْمَشْهُودُ لَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فِي دَعْوَى الْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ ، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ ، لِتَزُولَ الشُّبْهَةُ . وهذا حَسَنٌ ؛ فَإِنَّ قِيَامَ الْبَيِّنَةِ لِلْمُدَّعَى بِثُبُوتِ حَقِّهِ ، لَا يَنْفِي اخْتِمَالَ الْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ

(٩) سقط من : ١ .

(١٠) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ، كان من آدب أهل المدينة وأقربهم ، توفي سنة بضع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ١٠٣/٥ - ١٠٥ .

(١١) لم يرد في : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) في أخبار القضاة ، لوكيع ٣١٠/٢ ، أنه قضى باليمين مع الشاهد .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(١٤) في : ١ - حلف .

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ ادَّعَاهُ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ وَبَيَّنَّتْهُ ، فَإِذَا^(١٥) كَانَ حَاضِرًا مُكَلَّفًا ، فَسُكُوتُهُ عَنْ دَعْوَى ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى انْتِفَائِهِ ، فَيُكْتَفَى بِالْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، أَوْ مِمَّنْ لَا قَوْلَ لَهُ ، نُفِيَ احْتِمَالُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ ، فَتُشْرَعُ الْيَمِينُ لِنَفْسِهِ^(١٦) . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، وَكَانَتْ^(١٧) لِلْمُنْكَرِ بَيِّنَةٌ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْحَلِفِ مَعَهَا ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِهَا مَعَ التَّعَارُضِ ، وَأَنَّهُ لَا يَحْلِفُ مَعَهَا ، فَمَعَ انْفِرَادِهَا أَوَّلَى ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيجِبُ أَنْ يُكْتَفَى بِهَا عَنِ الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْيَمِينِ ، فَإِذَا اكْتَفَى بِالْيَمِينِ ، فَفِيمَا^(١٨) هُوَ أَقْوَى مِنْهَا أَوَّلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُشْرَعَ الْيَمِينُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ هَهُنَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدًا لِلْيَدِّ وَالتَّصَرُّفِ ، فَلَا تُفِيدُ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ الْيَدُّ وَالتَّصَرُّفُ ، وَذَلِكَ لَا يُغْنِي عَنِ الْيَمِينِ ، فَكَذَلِكَ مَا قَامَ مَقَامَهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّابَّةَ مِلْكُهُ ، وَأَنَّهُ أَوْدَعَهَا لِلدَّاخِلِ ، أَوْ أَعَارَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ آجَرَهَا مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ؛ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ / مُقَدِّمَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ الْقَاضِي : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدِّمَةٌ ، لِأَنَّهُ هُوَ الْخَارِجُ فِي الْمَعْنَى ، لِأَنَّهُ ثَبِتَ أَنَّ الْمُدَّعَى صَاحِبُ الْيَدِّ ، وَأَنَّ يَدَ الدَّاخِلِ نَائِبَةٌ عَنْهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . وَلِأَنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَتَكُونُ الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعَى ، كَمَا لَوْ لَمْ يَدَّعِ إِلَّا يَدَاغَ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ دَعْوَاهُ إِلَّا يَدَاغَ زِيَادَةً فِي حُجَّتِهِ ، وَشَهَادَةِ الْبَيِّنَةِ بِهَاتِقْوِيَّةٍ لَهَا ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُبْطِلَةً لِبَيِّنَتِهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّاخِلَ غَصَبَهُ إِيَّاهَا ، فَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَهِيَ^(١٩) لِلْخَارِجِ ، وَيَقْتَضِي قَوْلُ الْقَاضِي أَنَّهَا لِلدَّاخِلِ ، وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ جِلْدُ شَاةٍ مَسْلُوحَةٍ ، وَرَأْسُهَا وَسَوَاقُطُهَا وَبَاقِيهَا فِي يَدِ آخَرَ ، فَأَدَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّهَا ، وَلَا بَيِّنَةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مَعَ

(١٥) فِي م : « فَإِنْ » .

(١٦) فِي ب ، م : « لِنَفْسِهِ » .

(١٧) سَقَطَتِ الْوَائِدُ مِنَ الْأَصْلِ ، أ ، م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « فِيمَا » .

(١٩) فِي ب : « قَضَى » .

يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، وَقُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاةٌ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّاةَ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لصَاحِبِهِ ، وَكَانَتِ الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَلَا تَعَارَضَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ : هَذِهِ الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِكَ لِي ، مِنْ نِتَاجِ شَاتِي هَذِهِ . فَالْتَعَارَضُ فِي النِّتَاجِ ، لَا فِي الْمَلِكِ ^(٢٠) . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّاتَيْنِ لِي دُونَ صَاحِبِي ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضْنَا ، وَابْتَنَى ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، أَوْ قَدَّمَهَا إِذَا شَهِدَتْ / بِالنِّتَاجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ .

١٣٢/١١ ظ

فصل : وَإِذَا ادَّعَى زَيْدٌ شَاةً فِي يَدِ عَمْرٍو ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَحَكَمَ لَهُ بِهَا حَاكِمٌ ، ثُمَّ ادَّعَاهَا عَمْرٍو عَلَى زَيْدٍ ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ؛ فَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الْخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ . لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ زَيْدٍ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهَا . وَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدَّمَةٌ . نَظَرْنَا فِي الْحُكْمِ كَيْفَ وَقَعَ ؛ فَإِنْ كَانَ حَكَمَ بِهَا الزَّيْدُ لِأَنَّ عَمْرًا لَا بَيِّنَةَ لَهُ ، رُدَّتْ إِلَى عَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ ^(٢١) قَدْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَالْيَدُ كَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ ^(٢٢) حَكَمَ بِهَا الزَّيْدُ لِأَنَّهُ يَرَى تَقْدِيمَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ ، لَمْ يُنْقَضْ حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٣) حَكَمَ بِمَا يَسُوغُ الِاجْتِهَادَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو قَدْ شَهِدَتْ لَهُ أَيْضًا ، وَرَدَّهَا الْحَاكِمُ لِفُسْقِهَا ، ثُمَّ عُدَّتْ ، لَمْ يُنْقَضِ الْحُكْمُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِفُسْقِهِ ، ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ ، لَمْ تُقْبَلْ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَاكِمُ ^(٢٤) كَيْفَ كَانَ ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٥) حَكَمَ حَاكِمٌ ^(٢٦) ، الْأَصْلُ جَرَيَانُهُ عَلَى الْعَدْلِ ^(٢٧) وَالْإِنْصَافِ وَالصَّحَّةِ ، فَلَا

(٢٠) في م زيادة : « إِذْ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبِتُ الْآخَرَى وَالْحُكْمُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ » .

(٢١-٢٢) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في ب ، م : « الْحُكْمُ » .

(٢٤) في ب ، م : « لِأَنَّ » .

(٢٥) في ب ، م : « الْحَاكِمُ » .

(٢٦) سقط من : ١ .

يُنْقَضُ بِالْإِحْتِمَالِ . فَإِنْ جَاءَ ثَالِثٌ ، فَادَّعَاهَا ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَبَيِّنَتُهُ وَبَيِّنَةُ زَيْدٍ مُتَعَارِضَتَانِ ، وَلَا يَحْتَاجُ زَيْدٌ إِلَى إِقَامَةِ بَيِّنَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ شَهِدَتْ مَرَّةً ، وَهِيَ سَوَاءٌ فِي الشَّهَادَةِ حَالِ التَّنَازُعِ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى إِعَادَتِهَا ، كَالْبَيِّنَةِ إِذَا شَهِدَتْ ، وَوَقَفَ الْحُكْمُ عَلَى الْبَحْثِ عَنْ حَالِهَا ، ثُمَّ بَانَتْ عَدَالَتُهَا ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ ، وَيُحْكَمُ بِهَا^(٢٧) مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَتِهَا ، كَذَا هُنَا .

فصل : وإذا كان في يد رجلٍ شاةٌ ، فَادَّعَاهَا رَجُلٌ أَنَّهُ لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَادَّعَى الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ أَنَّهَا فِي يَدِهِ^(٢٨) مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَهِيَ لِلْمُدَّعَى ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَيِّنَةُ الدَّاخِلِ تَشْهَدُ بِالْيَدِ خَاصَّةً ، فَلَا تَعَارِضُ بَيْنَهُمَا ، لِإِمْكَانِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ، بِأَنْ تَكُونَ الْيَدُ عَنْ^(٢٩) غَيْرِ مِلْكِ ، فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ أَوْلَى . فَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ بَأَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْذُ / سَنَتَيْنِ ، فَقَدْ تَعَارَضَ تَرْجِيحَانِ ، تُقَدِّمُ التَّارِيخُ مِنْ جِهَةِ^(٣٠) بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَكَوْنُ الْأُخْرَى بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَيَقْتَضِيهِ عُمُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنْدَها الْيَدُ ، فَلَا تُفِيدُ أَكْثَرَ مِمَّا تُفِيدُهُ الْيَدُ ، فَأَشْبَهَتْ الصُّورَةَ الَّتِي قَبْلَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَضَمَّنَتْ زِيَادَةً . فَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تُقَدِّمُ فِيهَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، فَيُخَرِّجُ فِيهَا وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهَا قَوْلَانِ . وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَادَّعَى الدَّاخِلُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . فَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُ الْبَيِّنَتَيْنِ^(٣١) ، إِلَّا أَنَّ بَيِّنَةَ

١٣٣/١١

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في الأصل ، ا ، ب : « يديه » .

(٢٩) في م : « على » .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣١) في م : « السنين » .

الدَّاحِلِ تَشْهَدُ بَيْنَا جَ ، أَوْ بَشْرَاءَ ، أَوْ غَنِيمَةٍ ، أَوْ إِرْثَ ، أَوْ هَبَةٍ مِنْ مَالِكٍ ، أَوْ قَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ ، أَوْ سَبَبٍ ^(٣٢) مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، فَفِي أَيُّهُمَا تَقْدَمُ ؟ رَوَاتَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْآخَرِ ، قُضِيَ لَهُ بِهَا ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِتْيَاعِ شَهِدَتْ بِأَمْرِ حَادِثٍ ، خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى ، فَقُدِّمَتْ عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرْحِ عَلَى بَيِّنَةِ ^(٣٣) التَّعْدِيلِ .

١٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ ، لُتَجَثَّ فِي مَلِكِهِ ، سَقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، وَكَانَتِ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي النِّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان في عين / في أيديهما ، فادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا مِلْكُهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ وَلَمْ تَكُنْ لهُمَا بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَصَاحِبِهِ ، وَجُعِلَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ نَكَلَا جَمِيعًا عَنِ الْيَمِينِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ بِنُكُولِهِ . وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا ، وَحَلَفَ الْآخَرُ ، قُضِيَ لَهُ بِجَمِيعِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِهِ بِيَمِينِهِ ، وَمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، إِمَّا بِنُكُولِهِ ، وَإِمَّا بِيَمِينِهِ الَّتِي رُدَّتْ عَلَيْهِ عِنْدَ نُكُولِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ دُونَ الْآخَرِ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، وَتَسَاوَا ، تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَقُسِمَتِ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعِيرٍ ، ^(١) فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَيْنِ ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَلِأَنَّ كُلَّ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « سَبَبٌ » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١-٢) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٢) فِي : بَابِ الرِّجَالِ يَدْعِيَانِ شَيْئًا وَلَيْسَتْ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٧٨/٢ .
كَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . الْمُجْتَبَى ٢١٧/٨ . وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ ، فِي : بَابِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ يَتَنَازَعَانِ ... ، مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٥٤/١٠ .

وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ ، خَارِجٌ عَنْ (٣) نِصْفِهَا ، فَتَقْدُمُ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
فِي مَا فِي يَدِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، وَفِي مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ،
فَيَسْتَوِيَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُقَرَّعُ
بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ (٤) ، حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ (٥) ، لَا حَقَّ لِلْآخَرِ فِيهَا ، وَكَانَتِ الْعَيْنُ (٦)
لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ ، هَلْ
يُحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ ، أَوْ يَكُونُ لَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؟ فَرَوَى أَنَّهُ
يُحْلِفُ ، وَهَذَا (٧) الَّذِي (٥) ذَكَرَ (٨) الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ لَمَّا / تَعَارَضَتَا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ ،
وَجَبَّ إِسْقَاطُهُمَا (٩) ، كَالْخَبَرَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَتَسَاوَيَا ، وَإِذَا سَقَطَا صَارَ الْمُخْتَلِفَانِ كَمَنْ لَا
بَيِّنَةَ لُهُمَا ، وَيُحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ
الشَّافِعِيِّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى الدَّاخِلِ مَعَ بَيِّنَتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي
نِصْفِهَا ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ بِبَيِّنَتِهِ ، وَيُحْلِفُ مَعَهَا ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى ، أَنَّ الْعَيْنَ
تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ
أَصَحُّ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَاتَيْنِ الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْخَبَرَيْنِ
الْمُتَسَاوَيْنَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ رَاجِحَةٌ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَقَدْ
ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ يُحْكَمُ بِهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى يَمِينٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَتْ إِحْدَى
الْبَيِّنَتَيْنِ أَنَّ الْعَيْنَ لِهَذَا ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى بِأَنَّهَا (١٠) لِهَذَا الْآخَرِ ، نَتَجَتْ فِي مِلْكِهِ ، فَقَدْ
ذَكَرْنَا فِي التَّرْجِيحِ هَذَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَرْجُحُ بِهِ (١١) . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ؛

و ١٣٤/١١

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِي » .

(٤) فِي ب : « لَهُ الْقُرْعَةُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ ، أ ، ب ، م .

(٦) فِي م : « الْيَمِينِ » .

(٧) فِي أ : « وَهُوَ » .

(٨) فِي م : « ذَكَرَهُ » .

(٩) فِي م : « إِسْقَاطُهَا » .

(١٠) فِي م : « أَنَّهَا » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « تَرْجِيحٍ » .

لأنَّهُما تَسَاوَيَا فيما يَرْجَعُ إلى الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، وَهُوَ مِلْكُ الْعَيْنِ الْآنَ ، فَوَجَبَ تَسَاوِيَهُمَا فِي الْحُكْمِ . وَالثَّانِيَّةُ ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ النَّتَاجِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ زِيَادَةَ عِلْمٍ ، وَهُوَ مَعْرِفَةُ السَّبَبِ ، وَالْأُخْرَى خَفِيَ عَلَيْهَا ذَلِكَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُمَا مُسْتَنَدَةً إِلَى مُجَرَّدِ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَتُقَدَّمُ الْأُولَى عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ^(١٢) بَيِّنَةِ الْجَرَجِ عَلَى التَّعْدِيلِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي فِيهِمَا إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا .

فصل : فَإِنْ شَهِدَتْ^(١٣) إِحْدَاهُمَا أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ سِتِّينَ ، فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ تَقْدِيمُ / أَقْدَمُهُمَا تَارِيحًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ، ١١/١٣٤ ط لَأَنَّ الْمُتَقَدِّمَةَ التَّارِيخَ ، أُثْبِتَ الْمِلْكُ لَهُ فِي وَقْتٍ لَمْ تُعَارِضْهُ فِيهِ^(١٤) الْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ فِيهِ ، وَلِهَذَا لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالنَّمَاءِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ ، وَتُعَارِضَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْمِلْكِ فِي الْحَالِ ، فَسَقَطَتَا ، وَبَقِيَ مِلْكُ السَّابِقِ تَجِبُ اسْتِدَامَتُهُ ، وَأَنْ لَا يَثْبُتَ لِغَيْرِهِ مِلْكٌ ، إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ . وَوُجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ الشَّاهِدَ بِالْمِلْكِ الْحَادِثِ أَحَقُّ بِالتَّرْجِيحِ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْلَمَ بِهِ^(١٤) دُونَ الْأَوَّلِ ، وَلِهَذَا لَوْ ذَكَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنَ الْآخِرِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، لَقُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ اتِّفَاقًا ، فَإِذَا لَمْ تَرْجَحْ بِهَذَا ، فَلَا أَقْلَ مِنَ التَّسَاوِيِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي مِنْ غَيْرِ مُعَارَضَةٍ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَثْبُتُ تَبَعًا لثُبُوتِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَوْ انْفَرَدَ بِأَنْ يَدَّعَى الْمِلْكُ فِي الْمَاضِي ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ ، فَإِنْ وَقَّتْ إِحْدَاهُمَا وَأُطْلِقَتِ الْأُخْرَى ، فَهُمَا سَوَاءٌ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْكَمَ بِهِ لِمَنْ لَمْ يَوْقُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي إِحْدَاهُمَا مَا يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ مِنْ تَقْدِيمِ الْمِلْكِ وَلَا غَيْرِهِ ، فَوَجَبَ اسْتِوَاؤُهُمَا ، كَمَا لَوْ أُطْلِقَتَا ، أَوْ اسْتَوَى تَارِيخُهُمَا .

فصل : وَلَا تَرْجَحُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ ، وَلَا اشْتِهَارِ الْعَدَالَةِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو

(١٢) فِي ١ ، ب ، م : « كَتَقْدِيمِ » .

(١٣) فِي م : « شَهِدَ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

حنيفة ، والشافعي . ويتخرج أن ترجح بذلك ، مأخوذاً من قول الخرقي : ويتبع الأعمى أو تفهما في نفسه . وهذا قول مالك ؛ لأن أحد الخبرين يرجح بذلك ، فكذلك الشهادة ، لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لعلبة الظن بالمشهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة ، كان الظن^(١٥) به أقوى . وقال الأوزاعي : يُقسم على عدد الشهود ، فإذا شهد لأحدهما^(١٦) شاهدان ، وللآخر^(١٧) أربعة ، قسمت العين بينهما أثلاثاً ؛ لأن الشهادة سبب الاستحقاق ، فيوزع الحق عليها . ولنا ، أن الشهادة مقدرة ، / بالشرع ، فلا تختلف بالزيادة ، كالدية ، وتُخالف الخبر ، فإنه مُجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ، فصار الحكم متعلقاً بهما^(١٨) دون اعتبار الظن ، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات ، لا تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركن . وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال ؛ لأن كل واحدة من البيئتين حجة في المال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد ، فبدل يمينه معه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يتعارضان ؛ لأن كل واحد منهما حجة بمفرده ، فأشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين . والثاني ، يقدم الشاهدان ، لأنهما حجة متفق عليها ، والشاهد واليمين مختلفان فيها^(١٩) ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين ، فيجب تقديمها ، كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح ، إن شاء الله . وللشافعي قولان ، كالوجهين .

فصل : وإذا كان في أيديهما دار ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، ولا بينة لهما ، فهي بينهما نصفين . نص عليه أحمد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ، ولا يمين على الآخر ؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه . ولا أعلم^(٢٠) في هذا

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في م : « والآخر » .

(١٨) في الأصل : « بها » .

(١٩) في م : « فيها » .

(٢٠) في م : « نعلم » .

خِلَافًا . إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنْ ابْنِ شُبْرُمَةَ ، أَنَّ لِمُدَّعَى ^(٢١) الْكُلِّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا ، لِأَنَّ النِّصْفَ لَهُ لَا يُنَازَعُ ^(٢٢) فِيهِ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ دَعْوَاهُمَا فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَدَ مُدَّعَى النِّصْفِ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَسَائِرِ الدَّعَاوَى . فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ بِمَا يَدَّعِيهِ ، فَقَدْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ^(٢٣) فِي النِّصْفِ ، فَيَكُونُ النِّصْفُ ^(٢٤) / لِمُدَّعَى الْكُلِّ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي أَىِّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَقَدَّمَ ، ١٣٥/١١ ظ
وظَاهِرُ الْمَذْهَبِ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى ، فَتَكُونُ الدَّارُ كُلُّهَا لِمُدَّعَى الْكُلِّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَيْهِ . فَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ ثَالِثٍ لَا يَدَّعِيهَا ، فَالنِّصْفُ لِمُصَاحِبِ الْكُلِّ ، لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَيُفَرِّعُ بَيْنَهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخَرِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ ، وَكَانَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتْ وَسَقَطَتْ ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . أَفَرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَقَدَّمَ مَنْ تَقَعَ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي ، يُقَسَّمُ النِّصْفُ ^(٢٤) الْمُخْتَلَفُ فِيهِ ^(٢٤) بَيْنَهُمَا ، فَيَصِيرُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ ^(٢٥) فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ ، ادَّعَى أَحَدُهُمْ ^(٢٦) نِصْفَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ ثُلُثَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ سُدُسَهَا ، فَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى كَيْفِيَّةِ مِلْكِهِمْ ، وَلَيْسَ هُنَا اخْتِلَافٌ وَلَا تَجَاحُذٌ ، فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنَّ بَاقِيَ الدَّارِ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَارِيَّةٌ مَعِيَ ، وَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ مِنَ الْمِلْكِ بَيِّنَةٌ ، قُضِيَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تُشْهِدُ لَهُ بِمَا ادَّعَاهُ ، وَلَا مُعَارِضَ لَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(٢٧) بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَأُقِرَّ فِي يَدِهِ ثُلُثُهَا .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهَا ، وَالْآخَرُ ^(٢٨) نِصْفَهَا ، وَالْآخَرُ ثُلُثَهَا ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ

(٢١) في م : « المدعى » .

(٢٢) في ب ، م : « منازع » .

(٢٣-٢٢) في م : « فالنصف » .

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) في ب ، م : « الدار » .

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) في الأصل ، ب ، م : « منها » .

(٢٨) في م : « وادعى الآخر » .

لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ بَيِّنَةٌ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْيَمِينُ عَلَى مَا حُكِمَ لَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ثُلُثِهَا. وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ، نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِي الْجَمِيعِ، فَهِيَ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِي النِّصْفِ، أَخَذَهُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ، لِمُدَّعِي الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَيُخْلِفُ عَلَى نِصْفِ السُّدُسِ، وَيُخْلِفُ الْآخَرُ عَلَى الرُّبْعِ الَّذِي يَأْخُذُهُ^(٢٩) جَمِيعُهُ. فَإِنْ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ لِمُدَّعِي الثُّلُثِ، أَخَذَهُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ، لِمُدَّعِي الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ،^(٣٠) وَيُخْلِفُ عَلَى السُّدُسِ الْآخَرَ^(٣١) وَيُخْلِفُ^(٣٢) الْآخَرُ عَلَى جَمِيعِ مَا يَأْخُذُهُ. وَإِنْ كَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَّا يَدَّعِيهِ بَيِّنَةٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ. قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى الثُّلُثِ. وَإِنْ قُلْنَا: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ. فَيَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ، وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ السُّدُسُ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ خَارِجَةٌ فِيهِ، وَلِمُدَّعِي الْكُلِّ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ؛ لِأَنَّ لَهُ السُّدُسَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ؛ لِكُونِهِ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ، فَإِنْ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ، وَلَهُ الثُّلَاثَانِ؛ لِكُونِ بَيِّنَتِهِ خَارِجَةً عَنْهُمَا^(٣٣). وَقِيلَ: بَلْ لِمُدَّعِي الثُّلُثِ السُّدُسُ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ مُدَّعِي الْكُلِّ وَمُدَّعِي النِّصْفِ تَعَارَضَتَا فِيهِ، فَتَسَاقَطَتَا، وَبَقِيَ لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، وَلَا شَيْءَ لِمُدَّعِي النِّصْفِ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِمُدَّعِي الثُّلُثِ بَيِّنَةٌ، أَوْ لَمْ تَكُنْ. وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِ غَيْرِهِمْ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ، فَالنِّصْفُ لِمُدَّعِي الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ مَنْ يَدَّعِيهِ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ، أَوْ لِصَاحِبِ النِّصْفِ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ، حَلَفَ وَأَخَذَ الثُّلُثَ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ فِي السُّدُسِ، فَمَنْ قَرَّعَ صَاحِبَهُ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ. وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ، فَالنِّصْفُ لِمُدَّعِي الْكُلِّ؛ لَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّدُسُ الزَّائِدُ، يَتَنَازَعُهُ مُدَّعِي الْكُلِّ وَمُدَّعِي النِّصْفِ، وَالثُّلُثُ يَدَّعِيهِ الثَّلَاثَةُ، وَقَدْ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَاتُ فِيهِ، فَإِنْ قُلْنَا: تَسْقُطُ الْبَيِّنَاتُ. أَفَرَعْنَا بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ فِيمَا تَنَازَعُوا فِيهِ، فَمَنْ قَرَّعَ صَاحِبَهُ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ بَيِّنَةٌ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ إِذَا

(٢٩) فِي الْأَصْلِ، ب: «أَخَذَهُ».

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٣١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ: «عَلَيْهِ».

(٣٢) فِي الْأَصْلِ: «عَنْهَا».

كان بالعراق . وعلى الرواية التي تقول : إذا / تعارضت البيئات ، قسّمت العين بين ١١/٣٦ ط المتداعين . فلمُدعى الكل النصف ونصف السُدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ، ولمُدعى النصف نصف السُدس وثلث الثلث ، ولمُدعى الثلث ثلثه وهو التسع ، فتخرج المسألة من سِتَّة وثلاثين سَهْمًا ؛ لمُدعى الكل النصف ثمانية عشر سَهْمًا ^(٣٣) ، ونصف السُدس ثلاثة ، والتسع أربعة ، فذلك خمسة وعشرون سَهْمًا ، ولصاحب النصف سبعة ، ولمُدعى الثلث أربعة وهو التسع . وهذا قياس قول قتادة ، والحارث العكلي ، وابن شبرمة ، وحماد ، وأبي حنيفة . وهو قول للشافعي . وقال أبو ثور : يأخذ مُدعى الكل النصف ، ويوقف الباقي حتى يتبين . ويروى هذا عن مالك . وهو قول للشافعي . وقال ابن أبي ليلى ، وقوم من أهل العراق : تُقسّم العين بينهم على حسب عول الفرائض ، لصاحب الكل سِتَّة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سَهْمَان ، فتصيح من أحد عشر سَهْمًا . وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أُويس ^(٣٤) عن ثلاثة ادّعوا كيسًا وهو بأيديهم ، ولا بينة لهم ، وحلف كل واحد منهم على ما ادّعاه ؛ ادّعى أحدهم جميعه ، وادّعى آخر ثلثيه ، وادّعى آخر نصفه ؟ فأجاب فيها ^(٣٥) بشعر ^(٣٦) :

نظرتُ أبا يعقوبَ في الحِسبِ التي	طَرْتُ فأقامتُ منهم كُلَّ قاعِدِ
فِلْمُدْعَى الثَّلَثَيْنِ ثُلْثٌ وَلِلَّذِي	اسْتَلَاطَ جَمِيعَ المَالِ عِنْدَ التَّحَاشِدِ
مِنَ المَالِ نِصْفٌ غَيْرُ ما سَيَنُوبُهُ	وَحِصَّتُهُ مِن نِصْفِ ذَا المَالِ زَائِدِ
وَلِلْمُدْعَى نِصْفًا مِنَ المَالِ رُبْعُهُ	وَيُؤَخَذُ نِصْفُ السُّدْسِ مِن كُلِّ وَاحِدِ

وهذا قول من قسّم المال بينهم على حسب العول ، فكان المسألة عالت ^(٣٧) من سِتَّة ^(٣٨) إلى ثلاثة عشر ؛ وذلك أنه أخذ مخارج ^(٣٨) الكُسُور ، وهي سِتَّة ، فجعلها لمُدعى الكل ، وثلثاها أربعة لمُدعى الثلثين ، ونصفها ثلاثة ، لمُدعى النصف ، صارت ثلاثة عشر .

(٣٣) سقط من : ١ .

(٣٤) في ب ، م : « أوس » . وفي الشرح الكبير ٣٢٢/٦ : « بن أويس » .

(٣٥) في ب ، م : « فيهم » .

(٣٦) في م زيادة : « يقول » .

(٣٧-٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في م : « مخرج » .

فصل : / فَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدَى ^(٣٩) أَرْبَعَةٍ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهَا ، وَالثَّانِي ثُلُثَيْهَا ، وَالثَّلَاثُ نِصْفَهَا ، وَالرَّابِعُ ثُلُثُهَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ وَلَهُ رُبْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ ^(٤٠) فِي يَدِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ بَيِّنَةٌ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخلِ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دَاخِلٌ فِي رُبْعِهَا ، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ فِيهِ . وَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَإِنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، فَأُنْكَرَ هُمَا ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، تَعَارَضَتَا ، وَأَقَرَّ الشَّيْءُ فِي يَدٍ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدٍ خَامِسٍ لَا يَدَّعِيهَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْثُلُثُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ فِي الْبَاقِي ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ ، أَوْ لِمُدَّعَى الثَّلَاثِينَ ، أَخَذَهُ ، وَإِنْ وَقَعَتْ لِمُدَّعَى النِّصْفِ ، أَخَذَهُ ، وَأَقَرَّ بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ فِي الْبَاقِي ، وَإِنْ وَقَعَتْ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِ ، أَخَذَهُ ، وَأَقَرَّ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ فِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَالشَّافِعِيُّ إِذْ كَانَ بِالْعِرَاقِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ عَبَّرُوا عَنْهُ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى ، فَقَالُوا : لِمُدَّعَى الْكُلِّ الثَّلَاثُ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعَى الثَّلَاثِينَ فِي السُّدُسِ الرَّائِدِ عَنِ النِّصْفِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مُدَّعَى النِّصْفِ فِي السُّدُسِ الرَّائِدِ عَنِ الثَّلَاثِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ فِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي ، وَيَكُونُ الْإِقْرَاعُ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، الثَّلَاثُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ، وَيُقَسَّمُ السُّدُسُ الرَّائِدُ عَنِ النِّصْفِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعَى الثَّلَاثِينَ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا ، وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِصَاحِبِ الْكُلِّ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ ، وَنِصْفُ السُّدُسِ الرَّائِدِ عَنِ ^(٤١) النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ ، وَثُلُثُ السُّدُسِ الرَّائِدِ عَنِ الثَّلَاثِ / سَهْمَانِ ، وَرُبْعُ الثَّلَاثِ الْبَاقِي ثَلَاثَةٌ ، فَيَحْصُلُ لَهُ عَشْرُونَ سَهْمًا ، وَهِيَ خَمْسَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ . وَلِمُدَّعَى الثَّلَاثِينَ ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ ، تُسْعَانِ وَهِيَ مِثْلُ مَا لِمُدَّعَى الْكُلِّ بَعْدَ الثَّلَاثِ الَّذِي انْفَرَدَ بِهِ ، وَلِمُدَّعَى النِّصْفِ خَمْسَةُ أَتْسَاعٍ ، تُسْعُ وَرُبْعُ تُسْعٍ ، وَلِمُدَّعَى الثَّلَاثِ ثَلَاثَةٌ ، نِصْفُ سُدُسٍ ^(٤٢) . وَعَلَى قَوْلٍ مَنْ قَسَمَهَا عَلَى الْعَوْلِ ، هِيَ مِنْ خَمْسَةِ

ظ ١٣٧/١١

(٣٩) فِي : « يَدَى » .

(٤٠) فِي م : « لَأَنَّهَا » .

(٤١) فِي ب ، م : « عَلَى » .

(٤٢) فِي ب ، م : « السُّدُسِ » .

عشر ، لصاحب الكل سِتَّة ، ولصاحب الثلثين أربعة ^(٣) ، ولصاحب النصف ثلاثة ^(٤) ،
ولصاحب الثلث سَهْمَان . وعلى قول أبي ثور ، لصاحب الكل الثلث ، ويوقف الباقي
^(٤٤) حتى يتبين ^(٤٤) .

١٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا
يَمْلِكُهَا ، وَأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا لَا يَعْرِفُهُ عَيْنًا ، قُرِعَ ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ ،
وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ)

وجملته أن الرجلين إذا تداخعا عينا في يد غيرهما ، ولا بيّنة لهما ، فأنكرهما ، فالقول قوله
مع يمينه ، بغير خلاف نعلمه ^(١) . وإن اعترف أنه لا يملكها ، وقال : لا أعرف
صاحبها . أو قال : هي لأحديكما ، لا أعرفه عينا . قُرِعَ ^(٢) بينهما ، فمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ،
حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رجلين تداخعا عينا ، لم تكن لواحد
منهما بيّنة ، فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين ، أحبا أم كرها . رواه أبو
داود ^(٤) . ولأنهما تساويا في الدعوى ، ولا بيّنة لواحد منهما ولا يد ، والقرعة تميز عند
التساوي ، كما لو اعتق عبيدا لا مال له غيرهم ، في مرضي موته . وأما إن كانت لأحدهما
بيّنة ، حكم له ^(٥) بها ، بغير خلاف نعلمه . وإن كانت لكل واحد منهما بيّنة ، ففيه
روايتان ، ذكرهما أبو الخطّاب ؛ إحداهما ، تسقط البيّتان ، ويفترغ المدعيان على
اليمين ، كما لو لم تكن بيّنة . وهذا الذي ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه

(٤٣-٤٣) سقط من : الأصل .

(٤٤-٤٤) سقط من : الأصل ، ا .

(١) في ا : « أقرع » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في م : « أقرع » .

(٤) في : باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بيّنة ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٩/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بيّنة ، وباب القضاء بالقرعة ، من كتاب
الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٠/٢ ، ٧٨٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٩/٢ ، ٥٢٤ .

(٥) سقط من : ب ، م .

و ١٣٨/١١ ذكر /القرعة، ولم يفرق بين أن تكون معهما بيعة أو لم تكن. ورؤى هذا عن ابن عمر، وابن الزبير^(٦). وبه قال إسحاق، وأبو عبيد. وهو رواية عن مالك، وقديم قول الشافعي. وذلك لما روى ابن المسيب، أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، في أمر، وجاء كل واحد^(٧) منهما بشهود عدول، على عدة واحدة، فأسهم النبي ﷺ بينهما. رواه الشافعي، في «مسنده»^(٨). ولأن البيعتين حجتان تعارضتا، من غير ترجيح لإحدهما على الأخرى، فسقطتا، كالحبرين. والرواية الثانية، تستعمل البيعتان. وفي كيفية استعملهما روايتان؛ إحداهما، تقسم العين بينهما. وهو قول الحارث العكلي، وقتادة، وابن شبرمة، وحماد، وأبي حنيفة، وقول للشافعي؛ لما روى أبو موسى، أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بيع، وأقام كل واحد منهما البيعة أنه له؛ فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين^(٩). ولأنهما تساويا في دعواه، فيتساويان في قسمته. والرواية الثانية، تقدم إحدهما بالقرعة. وهو قول الشافعي. وله قول رابع، يوقف الأمر حتى يتبين. وهو قول أبي ثور؛ لأنه اشتبه الأمر، فوجب التوقف^(١٠)، كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته. ولنا، الخبران، وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف^(١١)، كالحبرين، بل إذا تعدد الترجيح، أسقطناهما، ورجعنا إلى دليل غيرهما. إذا ثبت هذا، فإننا إذا قلنا: إن البيعتين تسقطان. أقرع بينهما، فمن خرج له القرعة^(١٢)، حلف، وأخذها، كما لو لم تكن لهما بيعة. وإن قلنا: يعمل بالبيعتين، ويقرع بينهما، فمن خرج له القرعة، أخذها من غير يمين. وهذا قول الشافعي^(١٢)؛ لأن البيعة تغني عن اليمين. وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع البيعة، /

(٦) انظر: ما أخرجه ابن أبي شيبة، في: باب في البيعتين إذا استوتا، من كتاب البيوع والأقضية. المصنف ٣٩٧/٦.

(٧) سقط من: م.

(٨) وأخرجه البيهقي، في: باب المتداعيين يتداعيان ...، من كتاب الدعوى والبيانات. السنن الكبرى ٢٥٩/١٠.

ولم نجده في ترتيب المسند.

(٩) تقدم تخريجه، في: صفحة ٢٨٥.

(١٠) في ١: «التوقيف».

(١١) في ١، م: «قرعته».

(١٢) في ١: «لشافعي».

تَرْجِيحًا لَهَا . وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ تَكُونُ هَذِهِ الرَّوَايَةُ كَالْأُولَى فِي هَذَا الْحُكْمِ ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ
الْفَرْقُ ^(١٣) بَيْنَهُمَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : فَإِنْ أَنْكَرَهَا مِنَ الْعَيْنِ فِي يَدِهِ ، وَكَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهَا . وَإِنْ أَقَامَ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، فَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . اخْتِذِ الْعَيْنُ مِنْ يَدِهِ ، وَقُضِيَ
بَيْنَهُمَا ، عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى الْقِسْمَةَ ، أَوْ تُدْفَعُ إِلَى مَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى
ذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ ، حَلَفَ صَاحِبُ الْيَدِ ، وَأَقْرَبُ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ
لَهُمَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ أَقْرَبَ بَعْدَ ذَلِكَ لَهَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، قَبْلَ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ أَقْرَبَ بَهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ
لِأَحَدِهِمَا ، صَارَ الْمُقَرَّرُ لَهُ صَاحِبَ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مُقَرَّرٌ بِأَنَّ يَدَهُ نَائِبَةٌ عَنْ يَدِهِ . وَإِنْ
أَقْرَبَ لَهَا جَمِيعًا ، فَالْيَدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فِي الْجُزْءِ الَّذِي أَقْرَبَ لَهُ بِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ تَدَاخِيَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِهِمَا ^(١٤) لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . أَوْ
قَالَ : لَا أُعْرِفُ صَاحِبَهَا ، أَوْ أَحَدًا أَوْ غَيْرُكَ . أَوْ قَالَ : أَوْدَعْنِيهَا أَحَدًا . أَوْ :
رَجُلٌ ^(١٥) لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنِّي صَاحِبُهَا ، أَوْ أَنِّي الَّذِي
أَوْدَعْتُكَهَا ، وَطَلَبَ ^(١٦) يَمِينَهُ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَبَ لَهُ ، لَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ،
وَمَنْ لَزِمَهُ الْحَقُّ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ ^(١٧) نَفْيِ
الْعِلْمِ . وَإِنْ صَدَّقَاهُ ، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، حَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقْرَبَ بَهَا
لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ غَيْرِهِمَا ، صَارَ الْمُقَرَّرُ لَهُ صَاحِبَ الْيَدِ . فَإِنْ قَالَ غَيْرُ الْمُقَرَّرِ لَهُ : اخْلِفْ لِي
أَنَّ الْعَيْنَ لَيْسَتْ بِمِلْكِي ، أَوْ أَنِّي لَسْتُ الَّذِي أَوْدَعْتُكَهَا . لَزِمَتْهُ ^(١٨) الْيَمِينُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ
ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . وَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهَا . وَإِنْ اعْتَرَفَ بَهَا لَهَا ،

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « الْحُكْم » .

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « لِأَحَدِكَا » .

(١٥) فِي أ : « وَرَجُل » .

(١٦) فِي م : « أَوْ طَلَبَ » .

(١٧) فِي ب : « فِي » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « لَزِمَهُ » .

كان الحُكْمُ فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءً ، وعليه اليمينُ لكلِّ واحدٍ / منهما في النِّصْفِ المحكوم به لصاحبه ، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما اليمينُ لصاحبه^(١٩) في النِّصْفِ المحكوم له

به .

فصل : وإذا كان في يد رجلٍ دَارٌ ، فادَّعَاهَا نَفْسَانِ ، قال أحدهما : أجزئتكها . وقال الآخرُ : هي داري أعزَّتْكِها . أو قال : هي داري ورثتها من أبي . أو قال : هي داري . ولم يذكر شيئاً آخرَ ، فأنكرهما صاحبُ اليدِ ، وقال : هي داري . فالقولُ قولُه مع يمينه . وإن كان لأحدهما بينةٌ ، حُكِمَ له بها . وإن أقام كُلُّ واحدٍ منهما بما ادَّعاه بينةً ، تعارضتا^(٢٠) ، وكان الحُكْمُ على ما ذكرنا فيما مضى ، إلّا على الرواية التي تُقدِّم فيها البينةُ الشاهدةُ بالسببِ ، فإنَّ بينةً من ادَّعى أنَّه ورثها مُقدِّمةٌ ؛ لشهادتها بالسببِ . وإن أقام أحدهما بينةً أنَّه^(٢١) غصبه إياها^(٢٢) منه ، وأقام الآخرُ بينةً أنَّه أقرَّ له بها ، فهي للمغصوبِ منه ، ولا تعارضُ بينهما ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما مُمكنٌ ، بأن يكونَ غصبها من هذا ، وأقرَّ بها لغيره ، وإقرارُ الغاصِبِ باطلٌ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . فتُدْفَعُ إلى المغصوبِ منه ، ولا يغرَّمُ للمقرِّ له شيئاً ؛ لأنَّه ما حالَ بينه وبينها ، وإنَّما حَالَتِ البينةُ بينهما . ولو أقرَّ بها لأحدهما ، وأقرَّ^(٢٣) أنَّه غصبها من غيره ، لزمه تسليمُها إلى من أقرَّ له بها أولاً ، ولزمه^(٢٤) غرامُها للآخرِ ؛ لأنَّه حالَ بينه وبينها بإقراره الأولِ .

فصل : نقل ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، في رجلٍ أخذَ من رجلينِ ثوبينِ ، أحدهما بعشرةٍ والآخرُ بعشرينِ ، ثم لم يدرِ أيُّهما ثوبُ هذا من ثوبِ هذا ، فادَّعى أحدهما ثوباً من هذينِ الثوبينِ ، يعنى وادَّعاه الآخرُ ، يُقرَّعُ بينهما ، فأَيُّهما أصابته القرعةُ حَلَفَ وكان الثوبُ الجيِّدُ له ، والآخرُ للآخرِ . وإنَّما قال ذلك ؛ لأنَّهما تنازعا عَيْنًا في يدِ غيرِهما .

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠) في م : « تعارضا » .

(٢١-٢٢) في م : « غصبها » .

(٢٢) في م : « أو أقر » .

(٢٣) في ١ : « ولزمته » .

(٢٤) في ١ : « للأول » .

فصل : إِذَا تَدَاعَى عَيْنَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : هَذِهِ الْعَيْنُ لِي ، اشْتَرَيْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بِمِائَةٍ ، وَتَقَدَّتُهُ / إِيَّاهَا . وَلَا بَيِّنَةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَنْكَرَ هَا زَيْدٌ ، حَلَفَ ، وَكَانَتِ الْعَيْنُ لَهُ . وَإِنْ أَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقْرَأَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصْفِهَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِمَا ، وَحَلَفَ لِكُلِّ^(٢٥) وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا . وَإِنْ قَالَ : لَا أَغْلُمُ لِمَنْ هِيَ مِنْكُمَا . أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ وَأَخَذَهَا . وَإِنْ حَلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهَا لَهُ ، ثُمَّ أَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ^(٢٦) إِلَيْهِ ، ثُمَّ إِنْ أَقْرَبَهَا لِلْآخَرِ ، لَزِمَهُ^(٢٧) غَرَامَتُهَا لَهُ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا ادَّعَاهُ بَيِّنَةٌ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي الْمَحْرَمِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي صَفَرٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ بِدَعْوَاهُ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ بَاعَهَا لِلأَوَّلِ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهَا ، فَيَكُونُ بَيْعُهُ فِي صَفَرٍ بَاطِلًا ، لَكَوْنِهِ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَيُطَالَبُ بِرَدِّ الثَّمَنِ . وَإِنْ كَانَتَا مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ ، تَعَارَضَتَا ؛ لِتَعَدُّرِ الْجَمْعِ ، فَيُنْظَرُ فِي الْعَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، جَعَلَهَا مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَهَا لِلْخَارِجِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . رُجِعَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ هَا ، حَلَفَ لَهَا ، وَكَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ أَقْرَأَ لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ ، وَإِنْ أَقْرَأَ لَهَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيُخْلَفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . لَمْ يُتْلَفَتْ إِلَى انْكَارِهِ وَلَا اعْتِرَافِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ زَوَالُ مِلْكِهِ ، وَأَنْ يَدَهُ لَا حُكْمَ لَهَا ، فَلَا حُكْمَ لِقَوْلِهِ ، فَمَنْ قَالَ : يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا .^(٢٨) أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا^(٢٨) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ لَهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا

(٢٥) فِي ب ، م : « الْكُلِّ » .

(٢٦) فِي ب : « سَلَّمَهَا » .

(٢٧) فِي ب ، م : « لَزِمَتْهُ » .

(٢٨) (٢٨-٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

١١/١٤٠ ومن قال : تُقسَمُ بينهما . قُسِمَتْ . وهذا ذكره / أبو الخطاب . وقد نصَّ عليه أحمد ، في رواية الكوسج ، في رجل أقام البيئة أنه اشترى سلعة بمائة ، وأقام الآخر بيئة أنه اشتراها بمائتين ، فكل واحد منهما يستحق نصف^(٢٩) السلعة ينصف الثمن ، فيكونان شريكين . وحمل القاضي هذه الرواية ، على أن العين في أيديهما ، أو على أن البائع أقرهما جميعاً . وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب . فعلى هذا ، إن كان المبيع ممَّا لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، فلكل واحد منهما الخيار ؛ لأن الصفة تبعضت عليه . فإن اختارا الإمساك ، رجع كل واحد منهما ينصف الثمن ، وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن ، وإن اختارا أحدهما الفسخ ، توفرت السلعة كلها على الآخر ، إلا أن يكون الحاكم قد حكم له ينصف السلعة وينصف الثمن ، فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع .

فصل : فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة ، وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو ، وهي ملكه ، وأقام كل واحد منهما^(٣٠) بدعواه بيئة ، فهذه تشبه التي قبلها في المعنى ، فإن كانت في يد أحد المشتريين ، أثبت ذلك على الروائتين في تقديم بيئة الداحل والخارج . وإن كانت في يديهما^(٣١) ، قُسِمَتْ بينهما ؛ لأن بيئة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين ، خارجة في النصف الآخر . وإن كانت في يد أحد البائعين ، فأنكرهما ، وادعاهما لنفسه . فإن قلنا : تسقط البيتان . حلف ، وكانت له . وإن أقر بها لأحدهما ، صار الداحل ، إلا أن يُقر له بعد أن يحلف أنها له . وإن قلنا : يُقدَّم أحدهما^(٣٢) بالقرعة . فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه . وإن قلنا : تُقسَمُ بينهما .

١١/١٤٠ ظ قُسِمَتْ ، ورجع كل واحد منهما ينصف / ثمنها . وإن كان المبيع ممَّا يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد ، أو كان المشتري مُقرّاً بقبضه ، فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع

(٢٩) في م : « النصف من » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : « أيديهما » .

(٣٢) في م : « إحداها » .

بشئٍ من الثَّمَنِ ؛ لا عِترافه بسُقُوطِ الضَّمَانِ عن البَائِعِ ، وإن كان من المَكِيلِ والمُوزُونِ ، ولم يُقْبَضْ ، فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ في الفسخِ والإمضاءِ ، فإن اُختَارَ أحدهما الفسخُ ، لم يتوقَّرِ المبيعُ على الآخرِ ؛ لأنَّ البائعَ اثنان ، بخلافِ التي قبلها .

فصل : ولو كان في يد رجلٍ دارٌّ ، فادَّعى عليه رجلان ، كلُّ واحدٍ منهما يزعمُ أنَّه غصبَها منه ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، فالحُكْمُ في هذه كالحُكْمِ فيما إذا ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما أنَّني اشتريْتُها منه ، على ما مضى من التفصيلِ فيه . وإن اتَّفَقَ تاريخُهما ، أو كانتا مُطْلَقَتَيْنِ ، أو إحداهما ، تعارضتا ، وإن تقدَّم (٣٣) تاريخُ إحداهما ، فهل ترجُحُ بذلك ؟ على وجهين . فأما إن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ أنَّه أَقرَّ بعَصْبِهِ (٣٤) من كلِّ واحدٍ منهما ، لِزِمِّهِ دَفْعُهُ (٣٥) إلى الذي أَقرَّ له به (٣٦) أَوَّلًا ، وَيَعْرُمُ قِيَمَتُهُ (٣٧) لِلآخِرِ .

فصل : فإن ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما أنَّك اشتريْتُها مِنِّي (٣٨) بِالْإِثْمِ ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، وَاتَّفَقَ تاريخُهما ، مثل أن يقولَ (٣٩) كلُّ واحدٍ منهما : اشتراها مِنِّي مع الزَّوَالِ ، يومَ كذا . ليومٍ واحدٍ ، فهما مُتَعَارِضَتَانِ . فإن قلنا : تَسْقُطَانِ . رُجِعَ إلى قَوْلِ (٤٠) المُدَّعى عليه ، فإن أنكرهما ، حَلَفَ لهما ، وَبَرِيَ . وإن أَقرَّ لأحدهما ، فعليه له الثَّمَنُ ، وَيُحْلِفُ لِلآخِرِ . وإن أَقرَّ لهما معًا (٤١) ، فعليه لكلِّ واحدٍ منهما الثَّمَنُ (٤٢) ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يشتريَهَا من أَحدهما ، ثم يَهَبَهَا لِلآخِرِ وَيَشْتَرِيَهَا مِنْهُ . وإن قال : اشتريْتُها مِنكُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً بِالْإِثْمِ . فقد أَقرَّ لكلِّ واحدٍ منهما بِنَصْفِ الثَّمَنِ ، وله أن يُحْلِفَ على الباقي . وإن قلنا : يُفْرَغُ

(٣٣) في م : « قدم » .

(٣٤) في م : « بغصبها » .

(٣٥) في م : « دفعها » .

(٣٦) في م : « بها » .

(٣٧) في م : « قيمتها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩-٣٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٠) سقط من : ا .

(٤١) في ب : « اليمين » .

بينهما^(٤٢) : فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَجَبَ لَهُ الثَّمَنُ ، وَيَحْلِفُ لِلْآخَرِ ، وَيَبْرَأُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْسَمُ^(٤٣) . قُسِمَ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ التَّارِيحَانِ مُخْتَلِفَيْنِ ، أَوْ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، وَالْأُخْرَى مُوَرَّخَةً ، ثَبَتَ الْعَقْدَانِ ، وَلَزِمَهُ الثَّمَنَانِ / ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْ أَحَدِهِمَا ثُمَّ يَمْلِكُهَا الْآخَرُ ، فَيَشْتَرِيَهَا مِنْهُ ، وَإِذَا أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، وَجَبَ تَصْدِيقُهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ قُلْتُمُ إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا وَالْمُشْتَرِي اثْنَيْنِ^(٤٤) ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٥) فِي الْمُحَرَّمِ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٦) فِي صَفَرٍ ، يَكُونُ الشَّرَاءُ^(٤٧) الثَّانِي بَاطِلًا ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلأَوَّلِ ، لَمْ يُبْطَلْهُ بِأَنْ يَبِيعَهُ الثَّانِي ثَانِيًا ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا ثُبُوتُ شِرَائِهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُبْطِلُ مِلْكَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَانِيًا مِلْكًا نَفْسِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الْبَائِعُ مَا لَيْسَ لَهُ^(٤٨) ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ تَارِيخُهُمَا وَاحِدًا ، فَيَتَعَارَضَانِ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، فَلَا تُشْغَلُ^(٤٩) بِالشَّكِّ . قُلْنَا : إِنَّهُ^(٥٠) مَتَى أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ ، وَجَبَ تَصْدِيقُهُمَا ، وَلَمْ يَكُنْ ثُمَّ شَكٌّ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى الْوَهْمُ ، وَالْوَهْمُ لَا يُبْطِلُ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، لِأَنَّهَا لَوْ بَطَلَتْ بِهِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ^(٥١) حَقٌّ أَصْلًا ، لِأَنَّهُ مَا مِنْ بَيِّنَةٍ إِلَّا وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ كَاذِبَةً ، أَوْ غَيْرَ عَادِلَةٍ ، أَوْ مُتَّهَمَةٍ ، أَوْ مُعَارَضَةٍ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى هَذَا الْوَهْمِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : إِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، فَشَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّ هَذَا الْعَلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيِّتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا

(٤٢) فِي الزِّيَادَةِ : « يَقْرَع » .

(٤٣) فِي الزِّيَادَةِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٤٤) فِي النِّسْخِ : « اثْنَانِ » .

(٤٥) فِي ب ، م : « اشْتَرَاهَا » .

(٤٦) فِي م : « اشْتَرَاهَا » .

(٤٧) فِي ب : « شَرَاهَا » .

(٤٨) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٤٩) فِي أ ، ب ، م : « تُشْتَغَلُ » .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٥١) فِي م : « بِهَا » .

سِوَاهُ ، وشَهِدَ آخِرَانِ لآخَرَ أَنَّ هَذَا الْغُلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيِّتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ ، فَلَا تَعَارِضَ بَيْنَهُمَا ، وَثَبَتَ ^(٥٢) نَسَبُ الْغُلَامَيْنِ مِنْهُ ، وَيَكُونُ الْإِرْثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ نَعْلَمَ كُلَّ بَيِّنَةٍ مَا لَمْ نَعْلَمْهُ الْآخَرَى .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَبْدًا فِي يَدِ آخَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، وَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، فَأُنْكِرَهُمَا ، حَلَفَ لهما ، وَالْعَبْدُ لَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، ثَبَتَ مَا أَقَرَّ لَهُ ^(٥٣) بِهِ ^(٥٤) ، وَيَحْلِفُ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، ثَبَتَ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعِوَاهُ ، وَكَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، قَدَّمْنَا الْأُولَى ^(٥٥) ، وَبَطَلَتِ الْآخَرَى ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَبَقَ الْعِتْقُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْحُرِّ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ سَبَقَ الْبَيْعُ ، لَمْ يَصِحَّ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ . فَإِنْ قِيلَ : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ فَأَعْتَقَهُ . قُلْنَا : قَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، فَلَا يُطِيلُهُ عِتْقُ الْبَائِعِ . وَإِنْ كَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بَتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ أَحَدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، تَعَارَضَتَا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرَى . فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، إِنْبَنَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أَوْ الْخَارِجِ ^(٥٦) ، فَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، قَدَّمَ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : إِنْ الْبَيِّنَتَيْنِ تَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ ، صَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، ^(٥٧) وَيرْجِعُ إِلَى السَّيِّدِ ^(٥٨) ، فَإِنْ أَنْكَرَهُمَا ، حَلَفَ لهما ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْعِتْقِ ، ثَبَتَ ، وَلَمْ يَحْلِفِ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ مَا أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي إِحْلَافِهِ ، وَيَحْلِفُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي . وَإِنْ أَقَرَّ لِلْمُشْتَرِي ثَبَتَ الْمِلْكُ لَهُ ^(٥٩) ، وَلَمْ يَحْلِفِ لِلْعَبْدِ ^(٦٠) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ لَهُ أَنَّهُ

(٥٢) فِي ١ ، ب : « وَثَبَتَ » .

(٥٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥٥) فِي م : « الْأُولَى » .

(٥٦) فِي م : « وَالْخَارِجُ » .

(٥٧-٥٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

(٥٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٩) فِي م : « الْعَبْدُ » .

كَانَ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ غُرْمٌ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي إِخْلَافِهِ . وَإِنْ قُلْنَا^(٦٠) : تَرْجُحُ^(٦١) إِحْدَى الْبَيْتَيْنِ بِالْقُرْعَةِ قَرَعْنَا^(٦٢) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، قَدَّمْنَاهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ . فَعَلَى هَذَا ، يَخْلُفُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقَسَّمُ . قَسَمْنَا الْعَبْدَ ، فَجَعَلْنَا نِصْفَهُ مَبِيعًا وَنِصْفَهُ حُرًّا ، وَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى جَمِيعِهِ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْئَةَ قَامَتْ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ مُحْتَارًا ، وَقَدْ ثَبَتَ الْعِتْقُ فِي نِصْفِهِ بِشَهَادَتِهِمَا .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فَأَقَرَّتْ بِذَلِكَ ، قَبْلَ إِقْرَارِهَا ، لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ عَلَى نَفْسِهَا وَهِيَ غَيْرُ مُتَّهَمَةٍ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ ، لَمْ تُمْنَعْ مِنْهُ . وَإِنْ ادَّعَاهَا اثْنَانِ ، فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ^(٦٣) يُقْبَلْ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يَدَّعِي مِلْكَ نِصْفِهَا ، وَهِيَ مُعْتَرِفَةٌ أَنَّ ذَلِكَ قَدْ مَلَكَ عَلَيْهَا ، فَصَارَ إِقْرَارُهَا بِحَقِّ غَيْرِهَا ؛ وَلِأَنَّهَا مُتَّهَمَةٌ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ تَزْوِيجِ أَحَدٍ / الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ قَبْلَ الْإِنْفِصَالِ مِنْ دَعْوَى الْآخَرِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ ، فَأَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، قَبْلَ . قُلْنَا : لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِإِقْرَارِهِ فِي الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا يَجْعَلُهُ كَصَاحِبِ الْيَدِ ، فَيُخْلِفُ ، وَالنِّكَاحُ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْيَمِينِ ، فَلَمْ يَنْفَعِ الْإِقْرَارُ بِهِ هَهُنَا ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ^(٦٤) بَيْئَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٦٥) بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْئَةَ حُجَّةٌ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَهَا^(٦٦) ، وَلَا يَرْجُحُ أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِإِقْرَارِ الْمَرْأَةِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَا بَكُونِهَا فِي بَيْتِهِ وَيدِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَثْبُتُ عَلَى حُرَّةٍ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْقِسْمَةِ هَهُنَا ، وَلَا إِلَى الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُ مَعَ الْقُرْعَةِ مِنْ^(٦٧) الْيَمِينِ ، وَلَا مَذْخَلَ لَهَا^(٦٨) فِي النِّكَاحِ .

(٦٠) في م زيادة : « وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه لأن ملكه قد زال فإن » .

(٦١) في الأصل : « ترجيح » .

(٦٢) في م : « أقرعنا » .

(٦٣) في ب : « لا » .

(٦٤) في ب ، م : « المتداعين » .

(٦٥) سقط من : ب .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧) في أ : « في » .

(٦٨) (٦٨-٦٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

فصل: إذا قال السيد لعبيده: إن قُتِلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ قُتِلَ ، وَأَنْكَرَ الْوَرِثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَتْلِ ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بَدْعُوَاهُ ، عَتَقَ ، وَإِنْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ بَيِّنَةً بِمَوْتِهِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْعَبْدِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ ، وَهِيَ الْقَتْلُ . وَالثَّانِي ، تَتَعَارَضَانِ ؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا تَشْهَدُ بِضِدِّ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْأُخْرَى ، فَيَبْقَى عَلَى الرَّقِّ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ مِتُّ فِي رَمَضَانَ ، فَعَبْدِي سَالِمٌ حُرٌّ ، وَإِنْ مِتُّ فِي شَوَالٍ فَعَبْدِي غَانِمٌ حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْتَهُ ^(٦٩) فِي الشَّهْرِ الَّذِي يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ^(٧٠) فِيهِ ، وَأَنْكَرَ هُمَا الْوَرِثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ . وَإِنْ أَقْرَأُوا لِأَحَدِهِمَا ، عَتَقَ بِإِقْرَائِهِمْ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمُوجِبِ عِتْقِهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةَ سَالِمٍ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ ، فَإِنَّهَا أُثْبِتَتْ مَا يَجُوزُ أَنْ يَخْفَى عَلَى الْبَيِّنَةِ الْأُخْرَى ، وَهُوَ مَوْتُهُ فِي رَمَضَانَ . وَالثَّانِي ، يَتَعَارَضَانِ ، وَيَبْقَى الْعَبْدَانِ عَلَى الرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُمَا سَقَطَا ، فَصَارَا ، كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهما . وَالثَّلَاثُ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ تَقَعُّ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ بَرِثْتُ مِنْ مَرَضِي هَذَا ^(٧١) ، فَسَالِمٌ حُرٌّ ، وَإِنْ مِتُّ مِنْهُ ، فَغَانِمٌ حُرٌّ . فَمَاتَ ، / وَادَّعَى ^{١٤٢/١١} كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبَ عِتْقِهِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ بَرًّا أَوْ لَمْ يَبْرَأْ ، فَيَعْتَقُ أَحَدُهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَلَمْ تَعْلَمْ عَيْنُهُ فَيُخْرِجُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ أَحَدُهُمَا ، فَأَشْكَلَ عَلَيْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدِّمَ قَوْلَ غَانِمٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْبُرِّ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمُوجِبِ عِتْقِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَتَعَارَضَانِ ، وَيَبْقَى الْعَبْدَانِ عَلَى الرَّقِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُكَذِّبُ الْأُخْرَى ، وَتُثْبِتُ زِيَادَةَ تَنْفِيهِهَا الْأُخْرَى . وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْقَوْلُ ؛ لِأَنَّ التَّعَارُضَ أَثَرُهُ فِي إسْقَاطِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُونَا أَصْلًا لَعَتَقَ أَحَدُهُمَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَتَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ اللَّتَيْنِ عُلِّقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عِتْقُ أَحَدِهِمَا ، فَيَلْزَمُ وَجُودُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا ، فَسَالِمٌ حُرٌّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَغَانِمٌ حُرٌّ . وَلَمْ يُعْلَمْ حَالُهُ ، وَلَكِنْ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الطَّائِرِ ؛ لِأَنَّ ^(٧١) الْبَيِّنَتَيْنِ إِذَا تَعَارَضَتَا

(٦٩-٦٩) سقط من ١: نقل نظر .

(٧٠) سقط من ١: .

(٧١) في ١، ب : « وَلَئِنْ » .

قَدِّمْتُ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ . وَالثَّانِي ، تُقَدِّمُ بَيْنَهُ سَالِمٌ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِزِيَادَةِ ، وَهِيَ الْبُرْءُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْوَرْتَةَ لِأَحَدِهِمْ ، عَتَقَ بِأَقْرَارِهِمْ ، وَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْآخَرِ مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا اثْنَانِ عَدْلَانِ مِنْهُمْ بِذَلِكَ ، مَعَ انْتِفَاءِ التُّهْمَةِ ، فَيَعْتَقُ وَحْدَهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ لِلْآخَرِ بَيْنَةٌ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى سَالِمٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَادَّعَى عَبْدُهُ الْآخَرُ غَانِمٌ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثُ (٧٢) مَالِهِ ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدْعُوَاهُ بَيْنَةً ، فَلَا تَعَارُضُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَتْ بِهِ كُلُّ بَيْنَةٍ لَا يَنْفِي مَا شَهِدَتْ بِهِ الْآخَرَى ، وَلَا تُكَذِّبُ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى ، فَيُثْبِتُ اعْتَاقَهُ لَهَا ، ثُمَّ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مُوَرِّخَتَيْنِ بِنَارِ يَحْيَى مُخْتَلِفَتَيْنِ / ، عَتَقَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا . وَرَقُّ الثَّانِي ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ (٧٣) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا تَبَرَّعَ بِتَبَرُّعَاتٍ ، يَعَجُزُ ثَلَاثُهُ عَنْ جَمِيعِهَا ، قَدَّمَ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلُ (٧٤) ، وَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ أَطْلَقْنَا ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، فَهَمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَرِيَّةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى ، فَيَسْتَوِيَانِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْآخَرِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ (٧٥) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ مِنْ (٧٤) أَنْ يَكُونَ أَعْتَقَهُمَا مَعًا ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْعَبِيدِ السَّيِّئَةِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ سَيِّدُهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ (٧٥) ، أَوْ يَكُونَ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، وَأَشْكَلَ عَلَيْنَا ، فَيُخْرَجُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا فِي مَسَالَةِ الطَّائِرِ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نَصْفُهُ . وَهُوَ قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى التَّعْدِيلِ بَيْنَهُمَا فِي الْقُرْعَةِ ، قَدِيرٌ السَّابِقِ الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ ، وَيَعْتَقُ الثَّانِي الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ ، وَفِي الْقِسْمَةِ لَا يَخْلُو الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ مِنْ حُرِّيَّةٍ ، وَلَا الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ مِنْ رَقٍّ ، وَلِذَلِكَ قَسَمْنَا الْمُخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَّائِيْنِ ، إِذَا تَعَارَضَتْ بِهِ بَيِّنَتَانِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ شُبْهَةٍ بِإِحْدَى الصُّورَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا . وَالْقُرْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ فِي الْقُرْعَةِ اخْتِمَالٌ لِإِرْقَاقِ (٧٦) الْحُرِّ . قُلْنَا : وَفِي الْقِسْمَةِ إِرْقَاقُ نَصْفِ الْحُرِّ يَقِينًا ، وَتَحْرِيرُ نَصْفِ الرَّقِيقِ يَقِينًا ، وَهُوَ أَعْظَمُ ضَرَرًا . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا ثَلَاثُ ، وَقِيمَةُ الْآخَرِ دُونَ

١٤٣/١١

(٧٢) سقط من : ١ .

(٧٣) فِي الْأَصْلِ : « يَخِيرُ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « إِمَّا » .

(٧٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٣٩٥/٨ .

(٧٦) فِي مَزِيدٍ : « نَصْفٌ » .

الثُلُث ، فكان الأولُ أو الذي خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان هو الناقصُ عن الثُّلُثِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثَمَامُ الثُّلُثِ . وإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ ، ولا بَيِّنَةٌ لِلْآخَرِ ، أو بَيِّنَتُهُ فَاسِقَةٌ ، عَتَقَ صَاحِبُ الْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان لكل واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، إِلَّا أَنَّ إِحْدَاهُمَا تَشْهَدُ أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي مَرَضِهِ ، وَالْأُخْرَى تَشْهَدُ بِأَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ / غَانِمٍ ، وَكَانَ سَالِمٌ ثُلُثَ الْمَالِ ، عَتَقَ وَحْدَهُ وَوَقَفَ عَتَقَ غَانِمٍ عَلَى إِجَازَةِ ١٤٣/١١ ط
الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ يُقَدِّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ . وإن كان سَالِمٌ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْ غَانِمٍ ثَمَامُ الثُّلُثِ . وإن شَهِدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ سَالِمٍ ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ غَانِمٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، سَوَاءً اتَّفَقَ تَارِيحُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يَسْتَوِي فِيهَا الْمُتَقَدِّمُ وَالْمُتَأَخِّرُ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أَبِي مُوسَى : يَعْتَقُ ^(٧٧) نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ ^(٧٧) مِنْهُمَا بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا وَالْآخَرُ حُرًّا ، وَلَا كَذَلِكَ هَهُنَا ، فَيَجِبُ أَنْ تُقَسَّمَ الْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمَا ، وَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لاثْنَيْنِ بِمَالٍ . وَالْأَوَّلُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَالْإِعْتِقَاقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي الْإِعْتِقَاقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا بِحَدِيثِ ^(٧٨) عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُقْتَضِيَةَ لِتَكْمِيلِ الْعَتَقِ فِي أَحَدِهِمَا فِي الْحَيَاةِ مُوجُودٌ بَعْدَ الْمَمَاتِ ، فَيُثْبِتُ . فَأَمَّا إِنْ صَرَّحَ ، فَقَالَ : إِذَا مِتُّ ، فَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ سَالِمٍ وَغَانِمٍ حُرٌّ . أَوْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِيهِ ، أَوْ دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ ، ثَبَتَ مَا اقْتَضَاهُ .

فصل : وإن خَلَّفَ الْمَرِيضُ ابْنَيْنِ ، لَا وَاِرِثَ لَهُ سِوَاهُمَا ، فَشَهِدَا ^(٧٩) أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَشَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ ، وَلَمْ يَطْعَنَّ الْإِبْنَانِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، وَكَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَادِلَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا

(٧٧-٧٧) في ب : « من كل واحد نصفه » .

(٧٨) في ب ، م : « لحديث » .

(٧٩) في ب ، م : « فشهد » .

كانتا^(٨٠) أجنبيَّتين^(٨١) سواءً ؛ لأنه قد ثبت أن الميِّت أعتق العبدَين . فإن طعن الابنَين^(٨٢) في شهادة الأجنبيَّين^(٨٣) ، وقالوا : ما أعتق غانمًا^(٨٤) ، إنما أعتق سالمًا . لم يُقبل قولُهما في ردِّ شهادة الأجنبيَّة ؛ لأنها بينة عادلةٌ مُثبتةٌ ، والأخرى نافيةٌ ، وقولُ المُثبت يُقدِّم على قولِ النَّافي ، ويكونُ حُكْمُ ما شهدَتْ به حُكْمُه^(٨٥) إذا لم يطعن / الورثةُ في شهادتِهما ، في أنَّه يَعْتَقُ إنْ تَقَدَّمَ تاريخُ عتقه ، أو خَرَجَتْ له القرعةُ ، ويرقُّ إذا تأخَّر تاريخُهما ، أو خَرَجَتْ القرعةُ لغيره . وأمَّا الذي شهدَ به الابنَان ، فيَعْتَقُ كُلُّهُ ؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده ، واستحقاقه للحرية^(٨٦) . وهذا قولُ القاضي . وقيل : يَعْتَقُ ثلثاهُ إنْ حُكِمَ بعتقِ سالمٍ ، وهو ثلثُ الباقي ؛ لأنَّ العبدَ الذي شهدَ به الأجنبيَّان كالمعصوبِ من^(٨٧) التَّركَةِ ، والدَّاهِبِ^(٨٨) من التَّركَةِ بموتٍ أو تَلَفٍ^(٨٩) ، فيَعْتَقُ ثلثُ الباقي . وهو ثلثُ غانمٍ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ المُعتَبَر خروجهُ من الثُّلثِ حالَ المَوْتِ ، وحالَ المَوْتِ في قولِ الابنَينِ لم يَعْتَقُ سالمٌ ، إنما عتقَ بالشَّهادة بعد المَوْتِ ، فيكونُ ذلك بمنزلةِ موته بعد موتِ سيِّده ، فلا يَمْنَعُ من عتقِ مَنْ خَرَجَ من الثُّلثِ قَبْلَ موته . فإن كان الابنَان فاسِقَينِ ولم يَرِدَا شهادةَ الأجنبيَّة ، ثبتَ العتقُ لسالمٍ ، ولم يُزاحمه مَنْ شهدَ له الابنَان ، لفسقِهما ؛^(٩٠) لأنَّ شهادةَ الفاسِقِ كعدَمِها^(٩١) ، فلا يُقبلُ قولُهما في إسقاطِ حقِّ ثبَتِ بَيِّنَةٍ عادِلَةٍ ، وقد أقرَّ الابنَان بعتقِ غانمٍ ، فيُنظَرُ ؛ فإنْ تَقَدَّمَ تاريخُ عتقه ، أو أُقِرَّعَ بينهما فخرَجَتْ القرعةُ له ، عتقَ كُلُّهُ ،

(٨٠) في الأصل ، م : « كانا » . وفي ب : « كانت » .

(٨١) في ا ، ب ، م : « أجنبيَّين » .

(٨٢) في ا ، ب ، م : « الابنَين » .

(٨٣) في الأصل : « الأجنبيَّتين » .

(٨٤) في م زيادة : « في مرض موته وكل واحد ثلث ماله » . وهو تكرار لما سبق قبل سطرين .

(٨٥) في م : « حُكْمُ ما » .

(٨٦) في الأصل : « الحرية » .

(٨٧) في ب : « في » .

(٨٨) في ب ، م : « وكالذهب » .

(٨٩) في الأصل : « أو بتلف » .

(٩٠-٩١) سقط من : ا ، ب ، م .

كما قلنا في التي قبلها . وإن تأخر تاريخ عتقه ، أو خرّجته القرعة لغيره ، لم يعتق منه شيء ؛ لأنّ الاثنين لو كانا عدلين ، لم يعتق منه شيء ، فإذا كانا فاسقين أولى . وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الأحوال كلها ؛ لأنّه استحق العتق بإقرار الورثة ، مع ثبوت العتق للآخر^(٩١) بالبيّنة العادلة ، فصار بالنسبة كأنّه أعتق العبدَيْن ، فاعتق منه نصفه . وهذا لا يصح ؛ فإنّه لو أعتق العبدَيْن ، لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، ولأنّه^(٩٢) في حال تقدّم تاريخ عتق من شهد له الهينة ، لا يعتق منه شيء ولو كانت بيّنته عادلة ، فمع فسوقها أولى ، وإن كذّبت الورثة^(٩٣) الأجنبية ، فقالت : ما أعتق سالم^(٩٤) ، إنّما أعتق غانم^(٩٤) ، عتق العبدان . وقيل : يعتق من سالم ثلثاه . والأول أولى .

فصل : / فإن شهد عدلان أجنبيان ، أنّه وصّى بعتق سالم ، وشهد عدلان وارثان ، أنّه رجّع عن الوصية بعتق سالم ، ووصّى بعتق غانم ، وقيمتهما سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما ، وبطلت وصية سالم ؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا^(٩٥) يدفعان عنها ضررا . فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم . قلنا : وهما يسقطان ولاء سالم ، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ، ثبت عتقه ، ولهما ولاؤه ، ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما ، قبلت شهادتهما ، مع ثبوت سبب^(٩٦) الإرث لهما ، وثقبل شهادة المرأة^(٩٧) لأخيه بالمال ، وإن جاز أن يرثه ، فإن كان الوارثان فاسقين ، لم تقبل شهادتهما في الرجوع ، ويلزمهما إقرارهما لغانم ، فاعتق سالم بالبيّنة العادلة ، ويعتق غانم بإقرار

(٩١) في الأصل ، ب : « الآخر » .

(٩٢) في ١ ، م : « لأنّه » .

(٩٣) في م : « الورثة » . وقوله : الورثة . أى البيّنة الورثة .

(٩٤) بينهما تقديم وتأخير في م .

(٩٥) سقطت : « لا » من م .

(٩٦) في الأصل ، ب : « نسب » .

(٩٧) في م : « المرأة » .

الْوَارِثَةُ^(٩٨) بِالْوَصِيَّةِ بِإِعْتَاقِهِ وَحْدَهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ إِنَّمَا يَعْتَقُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَتَقَ^(٩٩) سَالِمٌ بِشَهَادَةِ الْأَجْنَبِيِّينَ ، صَارَ كَالْمَعْصُوبِ ، فَصَارَ غَانِمٌ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، فَيَعْتَقُ ثَلَاثًا ، وَهُوَ ثُلُثُ التَّرِكَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَارِثَةَ^(١٠٠) تُقَرُّ بِأَنَّهُ حِينَ الْمَوْتِ ثُلُثُ التَّرِكَةِ ، وَأَنَّ عَتَقَ سَالِمٍ إِنَّمَا كَانَ بِشَهَادَتِهِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَصَارَ كَالْمَعْصُوبِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلَوْ غَصِبَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَمْنَعْ عَتَقَ غَانِمٍ كُلَّهُ ، فَكَذَلِكَ الشَّهَادَةُ بِعَتَقِهِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي ، فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ بِإِعْتَاقِ سَالِمٍ فِي مَرَضِهِ ، وَوَارِثَةٌ فَاسِقَةٌ بِإِعْتَاقِ غَانِمٍ فِي مَرَضِهِ ، وَأَنَّهُ لَمْ يُعْتَقِ سَالِمًا ، أَنَّ غَانِمًا يَعْتَقُ كُلَّهُ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ قِيمَةُ غَانِمٍ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ سَالِمٍ ، فَالْوَارِثَةُ مُتَّهَمَةٌ ؛ لَكُونِهَا تُرَدُّ إِلَى الرُّقِّ مِنْ كَثَرَتِ قِيمَتِهِ ، فَتُرَدُّ شَهَادَتُهَا^(١٠١) بِالرُّجُوعِ^(١٠٢) ، كَمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهَا^(١٠٣) بِالرُّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتَقُ سَالِمٌ ، وَيَعْتَقُ^(١٠٤) غَانِمٌ كُلَّهُ ، أَوْ ثُلَاثًا^(١٠٥) الْبَاقِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ / الْاِخْتِلَافِ^(١٠٦) فِيمَا إِذَا كَانَتْ فَاسِقَةٌ . فَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ الْوَارِثَةُ بِالرُّجُوعِ عَنْ عَتَقِ سَالِمٍ ، لَكِنْ شَهِدَتْ بِالْوَصِيَّةِ بِعَتَقِ غَانِمٍ ، وَهِيَ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، ثَبَتَتِ الْوَصِيَّتَانِ ، سَوَاءً كَانَتْ قِيمَتُهُمَا سَوَاءً ، أَوْ مُخْتَلِفَةً ، فَيَعْتَقَانِ^(١٠٧) إِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثَّلَاثِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ ، وَيَعْتَقُ تَمَامُ الثَّلَاثِ مِنَ الْآخَرِ ، سَوَاءً تَقَدَّمَتْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ عَلَى الْأُخْرَى أَوْ اسْتَوَتَا ؛ لِأَنَّ الْمُتَقَدَّمَ وَالْمُتَأَخَّرَ مِنَ الْوَصَايَا سَوَاءٌ .

فصل : وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، أَنَّهُ وَصَّى لَزَيْدٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْوَصِيَّةِ لَزَيْدٍ ، وَوَصَّى لَعَمْرٍو بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ

(٩٨) فِي م : « الْوَارِثَةُ » .

(٩٩) فِي م : « أَعْتَقَ » .

(١٠٠) فِي م : « الْوَارِثَةُ » .

(١٠١) فِي الْأَصْلِ : « شَهَادَتُهُمَا » .

(١٠٢) فِي ١ ، ب ، م : « فِي الرُّجُوعِ » .

(١٠٣) فِي ١ : « شَهَادَتُهُمَا » .

(١٠٤) سَقَطَتْ : « يَعْتَقُ » مِنْ : م .

(١٠٥) فِي م : « ثَلَاثًا وَهُوَ ثُلُثٌ » .

(١٠٦) فِي الْأَصْلِ : « اِخْتِلَافٌ » .

(١٠٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ ، ب .

الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو ، وَوَصَّى لِبَكْرِ بثلث ماله ، صَحَّتِ الشَّهَادَاتُ^(١٠٨) كُلُّهَا ، وَكَانَتْ
الْوَصِيَّةُ لِبَكْرِ ، سَوَاءً كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مِنَ الْوَرَّةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةُ فِي حَقِّهِمْ . وَإِنْ
كَانَتْ شَهَادَةُ الْبَيِّنَةِ الثَّلَاثَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، لَمْ تُفْذَ هَذِهِ الشَّهَادَةُ شَيْئًا^(١٠٩) ؛
لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ بِالْبَيِّنَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَهِيَ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ . فَعَلَى هَذَا ،
تَثْبُتُ الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو . وَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ الثَّانِيَةُ شَهِدَتْ بِالْوَصِيَّةِ لَعَمْرُو ، وَلَمْ تَشْهَدْ
بِالرُّجُوعِ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، فَشَهِدَتْ الثَّلَاثَةُ بِرُجُوعِهِ^(١١٠) عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ لَا بَعِيْنَهَا ،
فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُعَيِّنَا الْمَشْهُودَ
عَلَيْهِ ، وَيَصِيرُ كَالْوَقَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ لِهَذَا عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ أَلْفًا . أَوْ أَنَّ^(١١١) لِأَحَدِ هَذَيْنِ عَلَى
هَذَا أَلْفًا . وَيَكُونُ الثَّلَثُ بَيْنَ الْجَمِيعِ أَثْلَاثًا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ
يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الرُّجُوعِ عَنْ
وَصِيَّتِهِ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى . وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ
تَعْيِينٍ ، صَحَّتِ الشَّهَادَةُ بِهِ كَذَلِكَ . وَوَجْهُ / ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، ١٤٥/١١ ظ
وَتَصِحُّ الشَّهَادَةُ فِيهَا بِالْمَجْهُولِ ، فَجَازَتْ فِي الرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْمَرْجُوعِ عَنْ وَصِيَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ وَصَّى لِزَيْدٍ بثلث ماله ، وَشَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ وَصَّى لَعَمْرُو
بثلث ماله ، انْتَبَى هَذَا عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ الْيَمِينَ هَلْ يُعَارِضُ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، يُعَارِضُهُمَا ، فَيُخْلِفُ عَمْرُوَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَيُقَسِّمُ الثَّلَثَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ
وَالْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ، فَأَشْبَهَ الشَّاهِدَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعَارِضُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ
أَقْوَى ، فَيَرْجُحَانِ عَلَى الشَّاهِدِ الْيَمِينِ . فَعَلَى هَذَا ، يَنْفَرِدُ زَيْدٌ بِالثَّلَثِ ، وَتَقِفُ وَصِيَّةُ
عَمْرُوَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَّةِ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَوَصَّى لَعَمْرُو
بثلثه ، فَلَا تَعَارِضَ بَيْنَهُمَا ، وَيُخْلِفُ عَمْرُوَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَتَثْبُتُ الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو . وَالْفَرْقُ
بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، أَنَّ فِي الْأُولَى ، تَقَابَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، فَقَدَّمْنَا أَقْوَاهُمَا ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَمْ يَتَقَابَلَا ،

(١٠٨) فِي الْأَصْلِ : « الشَّهَادَتَانِ » .

(١٠٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ا ، ب .

(١١٠) فِي م : « بِالرُّجُوعِ » .

(١١١) فِي م : « وَأَنَّ » .

وإنما يثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ؛ لأن المقصود به المال . وهذا مذهب الشافعي . والله أعلم .

١٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ ^(١) فِي يَدِهِ دَارٌ ، فَأَدَّاعَاهَا رَجُلٌ ، فَأَقْرَبَهَا لِغَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِهَا ^(٢) حَاضِرًا ، جَعَلَ الْخَصْمُ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعَى بَيِّنَتِهِ ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَى حُصُونِهِ مَتَى حَضَرَ)

وجملته أن الإنسان إذا ادَّعى داراً في يد غيره ، فقال الذي هي في يده : ليست لي ، إنما هي لفلان . وكان المقرَّر له بها حاضراً ، سئل عن ذلك ، فإن صدَّقه ، صار الخصم فيها ، وكان صاحب اليد ؛ لأنَّ مَنْ هي في يده اعترف أنَّ يده نائبة عن يده ، وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح ، فيصير خصماً للمدَّعى ، فإن كانت للمدَّعى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإن لم تكن له بَيِّنَةٌ ، فالقول قول المدَّعى عليه مع يمينه . وإن قال المدَّعى : أخلفوا لي ^(٣) المقر الذي كانت العين في يده ، أنه لا يعلم أنها لي . فعليه اليمين ؛ لأنه ^(٤) لو أقرَّ له بها ^(٥) بعد اعترافه ، لزمه الغرم ، كما لو قال : هذه العين لزيد . ثم قال : هي لعمرى . فإنها تُدفع إلى زيد ، ويغرَّم ^(٦) قيمتها لعمرى . ومن لزمه الغرم مع الإقرار ، لزمته اليمين ^(٧) مع الإنكار ^(٨) ، فإن ردَّ المقرَّر له الإقرار ، وقال : ليست لي ، وإنما هي للمدَّعى . حُكِمَ له بها . وإن لم يقل : هي للمدَّعى ، ولكن قال : ليست لي . فإن كانت للمدَّعى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإن لم تكن له بَيِّنَةٌ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تُدفع إلى المدَّعى ؛ لأنه

(١) في ١ : « كانت » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : أ ، ب .

(٤) في ب : « فإنه » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٦) في م : « ويدفع » .

(٧) في ب : « القيمة » .

(٨) في ب : « الإمكان » .

يَدَّعِيهَا ، وَلَا مُتَنَازِعَ لَهُ فِيهَا ، وَلَئِنْ مَنَ هِيَ فِي يَدِهِ لَوَادَّعَاهَا ، ثُمَّ نَكَلَ ، فَضَيَّنَا لَهُ ^(٩) بِهَا ^(١٠) ، فَمَعَ عَدَمَ ادَّعَائِهِ لَهَا أُولَى . وَالثَّانِي ، لَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا مُسْتَحَقٌّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ لَا يَدَّ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةً ، وَصَاحِبُ الْيَدِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، فَيَأْخُذُهَا الْإِمَامُ فَيَحْفَظُهَا لِصَاحِبِهَا . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ^(١١) ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالْأَوَّلُ أُولَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ ^(١٢) دَلِيلِهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، وَوَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الْمُدَّعِيَ يَخْلِفُ ^(١٣) أَنَّهَا لَهُ ، وَتُسَلِّمُ إِلَيْهِ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِنْهُ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِرَدِّ الْيَمِينِ إِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ : هِيَ لَنَا ^(١٤) . انْتَقَلَتِ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ صَاحِبِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِهَا مِنْ الْيَدِ ^(١٥) حُكْمًا . وَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ بِهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِمَجْهُولٍ ، قِيلَ لَهُ : لَيْسَ هَذَا بِجَوَابٍ . فَإِنْ أَقَرَّرْتَ بِهَا الْمَعْرُوفَ ، وَإِلَّا جَعَلْنَاكَ نَاكِلاً ، وَقَضَيْنَا عَلَيْكَ . فَإِنْ أَصَرَّ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِالتَّنْكِوْلِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا ^(١٦) لِعَائِبٍ ^(١٧) ، أَوْ لغير مُكَلِّفٍ مُعَيَّنٍ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ^(١٨) ، صَارَتِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةً ، لَمْ يُقَضَ لَهُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْحَاضِرَ يَعْتَرِفُ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، وَلَا يُقَضَى عَلَى الْغَائِبِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، وَيَقْفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَيَصِيرَ غَيْرَ الْمُكَلِّفِ مُكَلِّفًا ، فَتَكُونُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ . فَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى : أَخْلَفُوا لِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ . أَخْلَفْنَاهُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْمُدَّعَى ، لَمْ تُسَلِّمْ ^{١٤٦/١١ ط} إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهَا لغيرِهِ ، وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّيْتُهَا عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِهَا لغيرِهِ .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : « للمدعى » .

(١١) في م : « الثاني » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : أ .

(١٤) في م : « الثالث » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٧) في م : « الغائب » .

(١٨) في ب : « أو المجنون » .

وإن كان للمُدَّعى^(١٩) بَيِّنَةٌ ، ^(٢٠) سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَقَضَى بِهَا ، وَكَانَ الْعَائِبُ عَلَى خُصُومَتِهِ ، مَتَى حَضَرَ ، لَهُ أَنْ يَقْدَحَ فِي بَيِّنَةِ الْمُدَّعى ، وَأَنْ يَقِيمَ بَيِّنَةً^(٢١) تَشْهَدُ بَانْتِقَالِ الْمِلْكِ إِلَيْهِ مِنَ الْمُدَّعى . وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَهَلْ يُقْضَى بِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أَوْ الْخَارِجِ^(٢٢) ؛ فَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَأَقَامَ الْعَائِبُ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلْكِ وَالتَّجَارِ ، أَوْ سَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمِلْكِ ، فَهَلْ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ، وَيُقْضَى بِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُقَرَّبِ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِهَا لِلْعَائِبِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَلَمْ يُقْضَ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْعَائِبِ ، وَالْعَائِبُ لَمْ يَدَّعِهَا هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، وَإِنَّمَا سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْفَائِدَةِ ، وَهُوَ زَوَالُ التَّهْمَةِ عَنِ الْحَاضِرِ ، وَسُقُوطُ الْيَمِينِ عَنْهُ ، إِذَا ادَّعى عَلَيْهِ أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهُ لِي . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُقْضَى بِهَا ، إِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَإِنْ لِلْمُودَعِ الْمَخَاصِمَةِ فِي الْوَدِيعَةِ إِذَا غَضِبَتْ . وَلَا تَهَا بَيِّنَةٌ مَسْمُوعَةٌ ، فَيُقْضَى بِهَا ، كَبَيِّنَةِ الْمُدَّعى إِذَا لَمْ تُعَارِضْهَا بَيِّنَةٌ أُخْرَى . فَإِنْ ادَّعى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، أَنَّهَا مَعَهُ بِإِجَارَةٍ أَوْ عَارِيَةٍ ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْمِلْكِ لِلْعَائِبِ ، لَمْ يُقْضَ بِهَا ؛ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ثُبُوتَ الْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْمِلْكِ لِلْمُوجِرِ ، ^(٢٣) وَلَا يُمَكِّنُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُوجِرِ^(٢٤) . بِهِذِهِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا تُثَبَّتُ الْإِجَارَةُ الْمَتْرَبَةُ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَيَتَخَرَّجُ^(٢٥) الْقَضَاءُ بِهَا عَلَى رِوَايَةِ^(٢٦) تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَكَوْنِ الْحَاضِرِ لَهُ فِيهَا حَقٌّ ؛ ^(٢٧) فَإِنَّهُ يُقْضَى بِهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا^(٢٨) . وَمَتَى عَادَ الْمُقَرَّبُ بِهَا الْغَيْرَ ، فَأَدْعَاهَا لِنَفْسِهِ ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، فَلَا يُسْمَعُ مِنْهُ الرَّجُوعُ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَالْحَكْمُ فِي غَيْرِ الْمُكَلِّفِ ، كَالْحَكْمِ فِي الْعَائِبِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

(١٩) فِي ١ ، ب ، م : « مَعَ الْمُدَّعى » .

(٢٠-٢١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَالْخَارِجِ » .

(٢٢-٢٣) سَقَطَ مِنْ : م . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢٣) فِي م : « وَيَخْرُجُ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٢٥-٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

فصل : وإذا طَلَبَ الْمُدَّعَى أَنْ يَكْتَبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ^(٢٦) ، فيكتب له ^(٢٧) : حضر / القاضي فلان بن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلاني ، أو خليفته ^(٢٨) فلان بن فلان الفلاني ^(٢٩) ، إن كان نائبًا ، ^(٣٠) فلان بن فلان الفلاني ^(٣١) ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني ، فادَّعى دارًا في يَدَيْهِ - ويعينها ، ويذكرُ حدودها وصفتها - فاعترف بها المدَّعى عليه لفلان بن فلان الفلاني ، وهو حينئذٍ غائب عن بلد القاضي ، فأقام المدَّعى بيَّنة ، وهي فلان بن فلان الفلاني ، وفلان بن فلان الفلاني ، فشهدا عنده للمدَّعى بما ادَّعاه ، وعرف الحاكم عدالتَهما بما يسوغُ معه قبولُ شهادتهما ، أو شهد عنده بعد التَّهما فلان ، وفلان ، فقبل شهادتهما ، فقضى بها على الغائب ، وجعل ^(٣١) كُلَّ ذِي حُجَّةٍ عَلَى حُجَّتِهِ . فإن كان الغائب قد قَدِمَ ، ولم يأت بحُجَّةٍ ، زَادَ : وقَدِمَ الغائبُ المُقَرَّرُ بهَا فلان ، ولم يأت بحُجَّةٍ ^(٣٢) تدفع المدَّعى عن دَعْوَاهُ . وإن أقام عند حُضُورِهِ بيَّنة ، زَادَ : وأقام بيَّنة . وكانت بيَّنة المدَّعى مُقَدِّمةً على بيَّنته ؛ لأنَّها بيَّنة خارج .

فصل : وإذا ادَّعى إنسان أن أباه مات ، وخلفه وأخاه له غائبًا ، لا ^(٣٣) وارث له سواهما ، وترك دارًا في يَدِ هذا الرَّجُلِ ، فأنكر ^(٣٤) صاحبُ اليد ، وأقام المدَّعى بيَّنة بما ادَّعاه ، ثَبَّتَ الدَّارَ لِلْمَيِّتِ ، وانتزعت الدَّارَ من يَدِ المُنْكَرِ ، ودفع نصفها إلى المدَّعى ، وجعل النصف الآخر في يَدِ أمينٍ للغائب ، يكرِّه له . وكذلك إن كان المدَّعى ممَّا يُنْقَلُ ويُحوَّلُ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان ممَّا لا ^(٣٥) يُنْقَلُ ولا يُحوَّلُ ، أو

(٢٦) سقط من : ١ .

(٢٧) في م زيادة : « محضرا » .

(٢٨) في ١ ، ب ، م : « خليفة القاضي » .

(٢٩) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) سقطت الواو من : م .

(٣٢) في ١ : « حجته » .

(٣٣) في ب ، م : « ولا » .

(٣٤) في الأصل ، ١ : « فأنكره » .

(٣٥) سقط من : م .

مَّا^(٣٦) يَنْحَفِظُ وَلَا يَخَافُ هَلَاكُهُ ، لَمْ يُنْزَعْ نَصِيبُ الْعَائِبِ مِنْ يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَائِبَ لَمْ يَدَّعِهِ هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، فَلَمْ يُنْزَعْ مِنْ يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوَادَّعَى أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ ذَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّهُ يُسَلِّمُ إِلَى الْمُدَّعَى نَصِيبَهُ ، وَلَا يُنْزَعُ نَصِيبُ الْعَائِبِ ، كَذَا هَذَا^(٣٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَرَكَةُ مَيِّتٍ ، ثَبَتَتْ بَيِّنَةٌ ، فَوَجِبَ أَنْ يُنْزَعَ نَصِيبُ الْعَائِبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ أَحْوَهُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، وَلَئِنْ / فِيمَا قَالَهُ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ عَلَى الْعَائِبِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، وَقَدْ يَمُوتُ الشَّاهِدَانِ أَوْ يَغِيْبَانِ ، أَوْ تَزُولُ عَنْهُمَا^(٣٨) عَدَاةُ التُّهُمَا ، وَيُعْزَلُ الْحَاكِمُ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يُحْفَظَ بِإِتْرَاعِهِ ، كَالْمَنْقُولِ . وَيُفَارِقُ الشَّرِيكَ الْأَجْنَبِيَّ إجمالًا وَتَفْصِيلًا ؛ أَمَّا الْإِجْمَالُ ، فَإِنَّ الْمَنْقُولَ يُنْزَعُ فِيهِ^(٣٩) نَصِيبُ شَرِيكِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَا يُنْزَعُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ الْأَجْنَبِيَّ ، وَأَمَّا التَّفْصِيلُ ، فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ ثَبَتَتْ بِهَا الْحَقُّ لِلْمَيِّتِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ ، وَلَئِنْ الْأَخُ يُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَهُ ، إِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَخْذُ الْبَاقِي . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ، فَهَلْ يَقْبِضُ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَائِبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَقْبِضُهُ ، كَمَا يَقْبِضُ الْعَيْنَ . وَالثَّانِي ، لَا يَقْبِضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي ذِمَّةِ مَنْ هُوَ^(٤٠) عَلَيْهِ ، كَانَ أَحْوَطَ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَمَانَةً فِي يَدِ الْأَمِينِ ، لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ التَّلَفُ إِذَا قَبِضَهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ أَيْضًا^(٤١) يَعْرِضُ لِلتَّلَفِ بِالْفَلَسِ ، وَالْمَوْتِ ، وَعُزْلِ الْحَاكِمِ ، وَتَعَذُّرِ الْبَيِّنَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّا إِذَا دَفَعْنَا إِلَى الْحَاضِرِ نَصْفَ الدَّارِ أَوْ الدَّيْنِ ، لَمْ نُطَالِبْهُ بِضَمِيمٍ ؛ لِأَنَّنَا دَفَعْنَاهُ بِقَوْلِ الشُّهُودِ ، وَالْمَطَالِبَةُ بِالضَّمِيمِ طَعْنٌ عَلَيْهِمْ . قَالَ أَصْحَابُنَا : سَوَاءٌ كَانَ الشَّاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ ، أَوْ لَمْ يَكُونَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُمَا فِي نَفْيِ وَارِثٍ آخَرَ ، حَتَّى يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ ، وَالْمَعْرِفَةِ الْمُتَقَادِمَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ لَيْسَ جَهْلُهُ^(٤٢) بِالْوَارِثِ دَلِيلًا عَلَى عَدَمِهِ ، وَلَا يُكْتَفَى بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ الدَّارُ مَوْقُوفَةً ، وَلَا يُسَلِّمُ إِلَى الْحَاضِرِ

(٣٦) سقط من : الأصل .

(٣٧) في ب ، م ، « ههنا » .

(٣٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) سقط من : ا ، ب .

(٤١) سقط من : ا .

(٤٢) سقط من : ب ، م .

نَصْفُهَا، حَتَّى يَسْأَلَ الْحَاكِمُ، وَيَكْشِفَ عَنِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي كَانَ يَطْرُقُهَا^(٤٣)، وَيَأْمُرُ مُنَادِيًا يُنَادِي: إِنَّ فَلَانًا مَاتَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ، فَلْيَأْتِ. فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَارِثٌ لَظَهَرَ، دَفَعَ إِلَى الْحَاضِرِ نَصِيْبِهِ. وَهَلْ يَطْلُبُ مِنْهُ ضَمِيمًا؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ. وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا كَانَ الشَّاهِدَانِ/ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ، وَلَكِنْ لَمْ يَقُولَا: وَلَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ. ١١/٤٨ و

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْابْنِ ذُو فَرْضٍ، فَعَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، يُعْطَى فَرْضُهُ كَامِلًا. وَعَلَى هَذَا التَّخْرِيجِ، يُعْطَى الْيَقِينُ. فَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ، أُعْطِيَتْ رُبْعُ الثَّمَنِ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَدَّةٌ، وَلَمْ يُقْبِثْ مَوْتُ أُمِّهِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئًا، وَإِنْ ثَبِتَ مَوْتُهَا، أُعْطِيَتْ ثُلُثُ السُّدُسِ، لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَلَاثُ جَدَّاتٍ، وَلَا تُعْطَى الْعَصْبَةُ شَيْئًا. فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ أُنْثَى، لَمْ يُعْطَ شَيْئًا؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ. وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أُمٌّ، أُعْطِيَتْ السُّدُسُ عَائِلًا، وَالْمَرْأَةُ رُبْعُ الثَّمَنِ عَائِلًا، وَالزَّوْجُ الرُّبْعُ عَائِلًا؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ قَدْ تَعُولُ مَعَ وُجُودِ الزَّوْجِ، مِثْلَ أَنْ يُحْلَفَ أَبُوْنِ وَابْنَيْنِ وَزَوْجًا، فَإِذَا كَشَفَ الْحَاكِمُ أَعْطَى الزَّوْجَ نَصِيْبَهُ، وَكَمَّلَ لَذَوِي الْفُرُوضِ فُرُوزَهُمْ.

فصل: وَإِذَا اخْتَلَفَ فِي دَارٍ، فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً، أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ كَانَتْ أُمْسٍ مِلْكَةً، أَوْ مِنْذُ شَهْرٍ، فَهَلْ تُسْمَعُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ، وَيُقْضَى بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا، تُسْمَعُ، وَيُحْكَمُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا ثَبِتَتْ الْمِلْكَ فِي الْمَاضِي، وَإِذَا ثَبِتَ اسْتِدِيمٌ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهُ. وَالثَّانِي، لَا تُسْمَعُ. قَالَ الْقَاضِي: هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ مَا لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعِي الْمِلْكَ فِي الْحَالِ، فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةٌ عَلَى مَا لَمْ يَدَّعِهِ، لَكِنْ إِنْ انْضَمَّ إِلَى شَهَادَتِهِمَا بَيَانٌ سَبَبِ يَدِ الثَّانِي، وَتَعْرِيفٌ تَعَدِّيَا، فَقَالَا: نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَةً أُمْسٍ، فَغَضِبَهَا^(٤٤) هَذَا مِنْهُ، أَوْ سَرَقَهَا، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ فَالْتَقَطَهَا هَذَا. وَنَحْوَ ذَلِكَ، سُمِعَتْ، وَقُضِيَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُبَيَّنِ السَّبَبُ، فَالْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ، وَلَا تَنَافَى بَيْنَ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ، وَبَيْنَ دَلَالَةِ الْيَدِ، لَجَوَازِ أَنْ تَكُونَ مِلْكَةً أُمْسٍ، ثُمَّ تَنْتَقِلَ إِلَى صَاحِبِ الْيَدِ. فَإِذَا ثَبِتَ أَنَّ سَبَبَ الْيَدِ عُذْوَانٌ، خَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا دَلِيلًا، فَوَجَبَ الْقَضَاءُ بِاسْتِدْمَةِ الْمِلْكِ

(٤٣) فِي الْأَصْلِ، ب، م، : « يَطْرُقُهَا ».

(٤٤) فِي ب، م، : « فَقَبَضَهَا ».

١٤٨/١١ ط السابق . وإن أقرَّ / المُدَّعى عليه أنها كانت ملكاً للمُدَّعى أمسي ، أو فيما مضى ، سُمع إقراره ، وحُكِمَ به ، في الصَّحيح ؛ لأنه حينئذٍ يحتاجُ إلى بيانِ سببِ انتقالها إليه ، فيصيرُ هو المُدَّعى ، فيحتاجُ إلى البينة . ويفارقُ البينة من وجهين ؛ أحدهما ، أنه أقوى من البينة ، لكونه شهادةً من الإنسانِ على نفسه ، ويَزُولُ به النزاعُ ، بخلافِ البينة ، ولهذا يُسمَعُ^(٤٥) في المجهول ، ويُقضى به ، بخلافِ البينة . والثاني ، أن البينة لا تُسمَعُ^(٤٥) إلا على ما ادَّعاه ، والدَّعوى يجبُ أن تكونَ مُعلَّقةً بالحال ، والإقرارُ يُسمَعُ ابتداءً . وإن شهدتِ البينة أنها كانت في يده أمسي ، ففي سماعها وجهان . وإن أقرَّ المُدَّعى عليه بذلك ، فالصَّحيحُ أنها تُسمَعُ ، ويُقضى به ؛ بما ذكرنا .

فصل : وإن ادَّعى أمةً أنها له ، وأقامَ بينةً ، فشهدت أنها ابنةُ أمته ، أو ادَّعى ثَمَرَ ، فشهدت له البينة أنها ثَمرةُ شجرته ، لم يُحكَمْ له بها ؛ لجواز أن تكونَ ولدُها قبل تملكها^(٤٦) ، وأثمرت الشجرةُ هذه الثمرةَ قبل ملكه إياها . وإن قالت البينة : ولدُها في ملكه ، أو أثمرتها في ملكه . حُكِمَ له بها ؛ لأنها شهدت أنها ثَماءُ ملكه ،^(٤٥) وثَماءُ ملكه^(٤٥) ، ما لم يردَّ سببُ ينقله عنه . فإن قيل : فقد قلتم : لا تُقبلُ شهادتهُ بالملك السابق ، على الصَّحيح ، وهذه شهادةٌ بملكٍ سابق . قلنا : الفرقُ بينهما ، على تقديرِ التسليم ، أن الثَماءَ تابعٌ للملكِ في الأصل ، فإثباتُ ملكه في الزَّمنِ الماضي على وجهِ التَّبَعِ ، وجَرى مجرى ما لو قال : ملكته منذ سنة . وأقامَ البينة بذلك ، فإن ملكه يثبتُ في الزَّمنِ الماضي تبعاً للحال ، ويكونُ له الثَماءُ فيما مضى ، ولأنَّ البينة ههنا شهدت بسببِ الملك ، وهو ولدُها ، أو وجودُها في ملكه ، فقويَتْ بذلك ، ولهذا لو شهدت بالسببِ في الزَّمنِ الماضي ، فقالت : أقرضه ألفاً ، أو باعَه . ثبت^(٤٧) الملكُ وإن لم يذكره ، فمع ذكره أولى . وإن شهدت له البينة أن هذا /^(٤٨) العَزلُ من قُطنه^(٤٨) ، وهذا الدَّقِيقُ من حنْطته ، أو أن^(٤٩) هذا الطَّائرُ من بيضتِه ، حُكِمَ له به وإن لم يضيفه إلى ملكه ؛ لأنَّ العَزلَ

(٤٥-٤٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٦) في ١ ، ب : « أن يملكها » .

(٤٧) في الأصل : « ثلث » تحريف .

(٤٨-٤٨) في الأصل ، ١ ، ب : « القطن من غزله » .

(٤٩) في م : « وأن » .

عَيْنُ الْقُطْنِ ، وَإِنَّمَا تَعَيَّرَتْ صِفَتَهُ ، وَالِدَقِيقَ أَجْزَاءِ الْحِنْطَةِ تَفَرَّقَتْ ، وَالطَّيْرُ هُوَ أَجْزَاءُ الْبَيْضَةِ اسْتَحَالَ ، فَكَأَنَّ الْبَيْتَةَ قَالَتْ : هَذَا غَزْلُهُ وَدَقِيقُهُ وَطَيْرُهُ . وليس كذلك الْوَلَدُ^(٥٠) وَالثَّمَرَةُ ، فَإِنَّهُمَا غَيْرُ الْأُمِّ وَالشَّجَرَةِ . ولو شَهِدَا^(٥١) أَنَّ هَذِهِ الْبَيْضَةَ مِنْ طَيْرِهِ ، لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهَا حَتَّى يَقُولَا : بَاضَهَا فِي مِلْكِهِ . لِأَنَّ الْبَيْضَةَ غَيْرُ الطَّيْرِ ، وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ نَمَائِهِ ، فَهِيَ كَالْوَلَدِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا كَانَتْ فِي يَدِ زَيْدٍ دَارٌ ، فَادَّعَاها عَمْرُو ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ بِثَمَنِ مُسَمًّى نَقَدَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَنَّ خَالِدًا وَهَبَهَا تِلْكَ الدَّارَ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ بِهَذَا حَتَّى يُشْهَدَ أَنَّ خَالِدًا بَاعَهَا إِيَّاهُ ، أَوْ وَهَبَهَا لَهُ وَهُوَ يَمْلِكُهَا ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهَا دَارُ عَمْرٍو اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهَا بَاعَهَا أَوْ وَهَبَهَا لَهُ ، وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ . وَإِنَّمَا لَمْ تُسْمَعْ الْبَيِّنَةُ بِمَجَرَّدِ الشِّرَاءِ وَالْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ وَهَبُهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ بِهِ ، فَإِنْ انْتَضَمَ إِلَى ذَلِكَ الشَّهَادَةُ لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا لِلْمُشْتَرِي بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا بِالتَّسْلِيمِ ، فَقَدْ شَهِدُوا بِتَقَدُّمِ الْيَدِ ، أَوْ بِالْمِلْكِ لِلْمُدَّعَى ، أَوْ لِمَنْ بَاعَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنَّمَا قَبِلْنَا هِيَ^(٥٢) شَهَادَةَ يَمْلِكُ مَاضٍ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ مَعَ السَّبَبِ ، وَالظَّاهِرُ اسْتِمْرَارُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُذْكَرِ السَّبَبُ .

فصل : وإذا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ طِفْلٌ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَادَّعَى أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، قُبِلَتْ دَعْوَاهُ ، وَلَمْ يُحْلَلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ ، وَالصَّبِيُّ مَا لَمْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ وَالْمَتَاعِ^(٥٣) ، إِلَّا أَنْ يُعْرَفَ أَنَّ^(٥٤) سَبَبَ يَدِهِ غَيْرُ الْمِلْكِ ، مِثْلُ أَنْ يَلْتَقِطَهُ ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِرَقَبِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، / وَأَمَّا غَيْرُهُ فَقَدْ وَجَدَ فِيهِ دَلِيلُ الْمِلْكِ مِنْ ١١/٩٤١ ط غَيْرِ مُعَارِضٍ ، فَيُحْكَمُ بِرَقَبِهِ . فإذا بَلَغَ ، فَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ

(٥٠) فِي م : « بِالْوَلَدِ » .

(٥١) فِي م : « شَهِدَ » .

(٥٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « وَالْمَبَاعِ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

برقه قبل دَعَوَاهُ . وإن لم يدَّع ملكه ، لكنَّه^(٥٥) كان يتصرَّف فيه بالاستخدام وغيره ، فهو كالو ادَّعى رقه ، ويحكم له^(٥٦) بركه ؛ لأنَّ اليد دليل الملك . فإن ادَّعى أجنبيُّ نسبَه ، لم يُقبل ؛ لما فيه من الضرر على السيِّد ، لأنَّ النسب مُقدَّم على الولاء في الميراث . فإن أقام البيَّنة بنسبه ، ثبت ، ولم يُزل الملك عنه ؛ لأنَّه يجوز أن يكون ولدُه^(٥٧) وهو مملوك ، بأن يتزوَّج بأُمه ، أو يُسبى الصَّغير ثم يُسلم أبوه ، إلَّا أن يكون الأب عَرِيًّا ، فلا يُسترقُّ ولده ، في رواية . وهو قول الشافعي القديم . وإن أقام بيَّنة أنَّه ابنُ حرَّة ، فهو حرٌّ ؛ لأنَّ ولدَ الحرَّة لا يكون إلَّا حرًّا . وإن كان الصَّبِيُّ مُميِّزًا ، يُعبر عن نفسه ، فادَّعى مَنْ هو في يده رقه ، ولم يُعرف تَقَدُّم اليد عليه قبل تميِّزه^(٥٨) ، إلَّا أنَّنا^(٥٩) رأينا في يده وهما يتنازعان ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يثبت ملكه عليه ؛ لأنَّه مُعرب عن نفسه ، ويدَّعى الحرِّيَّة ، أشبهه البالغ . والثاني ، يثبت ملكه عليه ؛ لأنَّه صَغيرٌ ادَّعى ملكه^(٦٠) وهو في يده ، فأشبهه الطِّفل . فأما البالغ إذا ادَّعى رقه فأنكَّر ، لم يثبت رقه إلَّا بيَّنة . وإن لم تكن بيَّنة ، فالقول قوله مع يمينه في الحرِّيَّة ؛ لأنَّها الأصل . وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرُّأي ، إلَّا أن أصحاب الرُّأي قالوا : متى أقام إنسان بيَّنة أنَّه ولده ، ثبت النسب والحرِّيَّة ؛ لأنَّ ظهور الحرِّيَّة في ولد الحر أكثر من احتمال الرُّق الحاصل باليد ، لا سيما إذا لم يُعرف من الرجل كُفْرٌ ، ولا تزوُّج بأُمه ، فلا ينفى^(٦١) احتمال الرُّق . وهذا القول هو الصَّواب ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن ادَّعى اثنان رِقَّ بالغ في أيديهما ، فأنكَّرهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن اعترف لهما بالرُّق ، ثبت رقه . فإن ادَّعاه كُلُّ واحدٍ منهما لنفسه ، فاعترف لأحدهما ، فهو لمن اعترف له . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين ؛ لأنَّ

١٥٠/١١ و

(٥٥) في م : « لأنه » .

(٥٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٧) سقط من : الأصل .

(٥٨) في الأصل : « تميِّزه » .

(٥٩) في م زيادة : « إن » .

(٦٠) في ا ، ب ، م : « رقه » .

(٦١) في ا ، ب ، م : « ينفي » .

يَدُهُمَا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الطِّفْلَ وَالثَّوْبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا ^(٦٢) حَكَمَ بِرَقَّةَ بَاغْتِرَافِهِ ، فَكَانَ مَمْلُوكًا لِمَنْ اعْتَرَفَ لَهُ ، كَمَا لَوْ تَكُنْ يَدُهُ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الثَّوْبَ وَالطِّفْلَ ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ حَصَلَ فِيهِمَا بِالْيَدِ ، وَقَدْ تَسَاوَا فِيهَا ^(٦٣) ، وَهَهُنَا حَصَلَ بِالْاِغْتِرَافِ ، وَقَدْ اخْتَصَّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، فَكَانَ مُخْتَصًّا بِهِ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، تَعَارَضْنَا ، وَسَقَطْنَا ، أَوْ يُقَرَّعُ ^(٦٤) بَيْنَهُمَا ، أَوْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . فَإِنْ قُلْنَا بِسُقُوطِهَا ، وَلَمْ يَعْتَرِفْ لَهَا بِالرَّقِّ ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لِأَحَدِهَا ، فَهُوَ لِمَنْ اعْتَرَفَ لَهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ لَهَا مَعًا ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ سَقَطْنَا ، وَصَارَتَا كَالْمَعْدُومَتَيْنِ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْقَرْعَةِ أَوْ الْقِسْمَةِ ، فَأُنْكِرْهُمَا ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى إِنْكَارِهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لِأَحَدِهَا ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى اعْتِرَافِهِ ؛ لِأَنَّ رَقَّةً ثَابِتًا بِالْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ تَبْقَ لَهُ يَدٌ عَلَى نَفْسِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِيهِمَا إِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ ثَالِثٍ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهَا ^(٦٦) لِأَحَدِهَا ، لَمْ يَرْجَحْ بِإِقْرَارِهِ .

فصل : ولو كان في يده صَغِيرَةٌ ، فَادَّعَى نِكَاحَهَا ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ، وَلَا يُخْلَى بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ . ولو ادَّعَى رَقَّهَا قَبْلَ مِنْهُ ، إِذَا كَانَتْ طِفْلَةً لَا تُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، وَأَمَّا الْمُدَّعَى لِلنِّكَاحِ ^(٦٧) ، فَهُوَ مُقَرَّبٌ بِحُرِّيَّتِهَا ، أَوْ بِأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، وَالْيَدُ لَا تُثَبِّتُ عَلَى الْحُرِّ ، فَإِذَا كَبُرَتْ فَاعْتَرَفَتْ لَهُ بِالنِّكَاحِ ، قَبْلَ إِقْرَارِهَا .

فصل : ولو ادَّعَى مِلْكَ عَيْنٍ ، وَأَقَامَ بِهِ بَيِّنَةً ، وَادَّعَى آخَرُ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْهُ ، أَوْ وَهَبَهَا لِإِيَّاهُ ، أَوْ وَقَفَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ ادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ أَصْدَقَهَا لِإِيَّاهَا ، أَوْ اعْتَقَهَا ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، قُضِيَ لَهَا . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ هَذَا شَهِدَتْ بِأَمْرِ ^(٦٨) خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْأُخْرَى ، وَالْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى شَهِدَتْ بِالْأَصْلِ ، فَيُمْكِنُ أَنَّهُ كَانَ مِلْكَهُ ، ثُمَّ صَنَعَ بِهِ مَا

(٦٢) سقط من : ١ .

(٦٣) في م : « فيه » .

(٦٤) في م : « ويقرعه » .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) في الأصل : « بها » .

(٦٧) في ب : « النكاح » .

(٦٨) في ١ : « بما » .

شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى . وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَتَرَكَ^(٦٩) دَارًا ، فَادَّعَى ابْنُهُ أَنَّهُ خَلَفَهَا مِيرَاثًا ، وَادَّعَتْ أُمُّرَأَتُهُ أَنَّهُ أَصْدَقُهَا / إِيَّاهَا ، وَأَقَامَا بِذَلِكَ بَيِّنَتَيْنِ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمَرْأَةِ ، لِأَنَّهَا تَدَّعَى أُمُرَأَاتُهَا خَفِيَ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِبْنِ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالشَّرَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ ، بِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ أَوْ مَا فِي يَدِهِ ، أَوْ لَمْ تَشْهَدْ بِذَلِكَ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ ، أَوْ لَمْ تَذْكُرِ الْقَبْضَ . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، وَلَا تُرَالُ يَدُ الْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدْ الْبَيِّنَةُ بِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ أَوْ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْمُطْلَقَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُ . وَلَنَا ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْبَائِعِ أَثْبَتُ الْمِلْكِ لَهُ ، فَإِذَا قَامَتْ^(٧٠) بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ عَلَيْهِ ، كَانَتْ حُجَّةً عَلَيْهِ فِي إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهَا إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَوَجَبَ الْقَضَاءُ لَهُ بِهَا . وَلَوْ ادَّعَى إِنْسَانٌ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهَا لِي مِنْذُ سَنَةٍ ، وَأَقَامَ هَذَا بَيِّنَةً ، فَجَاءَ ثَالِثٌ ، فَادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ مُدَّعِيهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ هَذَا بَيِّنَةً ، ثَبَّتَ^(٧١) لِمُدَّعِي الشَّرَاءِ ، وَلَيْسَ فِي شَهَادَةِ الْبَيِّنَةِ الْأُولَى أَنَّهُ تَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، مَا يَبْطُلُ أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافَى بَيْنَ مِلْكِهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَمِلْكِهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، فَإِنَّ الْمَالِكَ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، يَسْتَمِرُّ مِلْكُهُ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ . فَإِنْ قَالَتْ بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ : وَهُوَ^(٧٢) مَالِكُهَا . ثَبَّتَ الْمِلْكُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنْ لَمْ تَقُلْ ذَلِكَ ، كَانَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ مِلْكَ دَارٍ فِي يَدِ آخَرَ ، وَادَّعَى صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهَا فِي يَدِهِ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَهِيَ لِمُدَّعِي الْمِلْكِ ، بِلا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافَى بَيْنَ الدَّعْوَتَيْنِ وَلَا الْبَيِّنَتَيْنِ ، لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ مِلْكًا لَهُ وَهِيَ فِي يَدِ الْآخَرِ . وَإِنْ ادَّعَى دَابَّةٌ أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ عَشْرِ سِنِينَ ، وَأَقَامَ هَذَا بَيِّنَةً ، فَوَجَدَتِ الدَّابَّةُ لَهَا أَقْلَ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ ، فَالْبَيِّنَةُ كَاذِبَةٌ ، وَالدَّابَّةُ لَمْ يَنْهَى فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَقْرَأُ لِفُلَانٍ بِأَلْفٍ ، وَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَضَاهُ ،

(٦٩) فِي بَيِّنَةِ : « تَرَكَ » .

(٧٠) فِي م : « أَقَامَتْ » .

(٧١) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : « ثَبَّتَ » .

(٧٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

ثَبَّتَ الْإِقْرَارُ ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ^(٧٣) عَلَى الْقَضَاءِ ، ثَبَّتَ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُقَرَّرُ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِهِ ، وَيُثْبِتُ^(٧٤) لَهُ الْأَلْفُ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفًا ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، لَمْ^(٧٥) تُثْبِتْ عَلَيْهِ الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ لَمْ يَشْهَدْ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا تَضَمَّنَتْ شَهَادَتُهُ أَنَّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، / وَالشَّهَادَةُ لَا تُقْبَلُ إِلَّا صَرِيحَةً ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ اثْبَتَتْ الْأَلْفَ بِشَهَادَتِهَا الصَّرِيحَةِ بِهَا . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، فَقَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا . فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَرْضِ ، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، وَلَمْ يُعْرِفِ التَّارِيخُ ، بَرَى بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبِتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَلْفًا وَاحِدًا ، وَلَا يَكُونُ الْقَضَاءُ إِلَّا لِمَا عَلَيْهِ ، فَلِهَذَا جُعِلَ الْقَضَاءُ لِلْأَلْفِ الثَّابِتَةِ^(٧٦) . وَإِنْ قَالَ : مَا أَقْرَضْتَنِي^(٧٧) . ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَضَاءِ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ^(٧٨) فِي أَنَّهُ قَضَاهُ الْقَرْضَ ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِهِ الْقَرْضَ تَعَيَّنَ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءٍ غَيْرِهِ . وَلَوْ لَمْ يُنْكِرِ الْقَرْضَ ، إِلَّا أَنَّ بَيِّنَةَ الْقَضَاءِ كَانَتْ مُورِّخَةً بِتَارِيخٍ سَابِقٍ عَلَى الْقَرْضِ ، لَمْ يَجُزْ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى الْقَرْضُ قَبْلَ وُجُودِهِ .

١٩٣٩ - مسألة ؛ قَالَ : (وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَحَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَادَّعَى الْكَافِرُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ كَافِرًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَافِرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ بِاعْتِرَافِهِ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، مُعْتَرِفٌ^(١) أَنَّ^(٢) أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ^(٣) لِإِسْلَامِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ بِأُخُوَّتِهِ ، كَانَ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ؛ لِتَسَاوَى أَيْدِيهِمَا)

وجملته أنه إذا مات رجلٌ ، لَا يُعْرِفُ دِينَهُ ، وَحَلَفَ تَرَكَةً وَابْنَيْنِ ، يَعْتَرِفَانِ أَنَّهُ أَبُوهُمَا ،

(٧٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « شَاهِدٌ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « وَثَبَّتَ » .

(٧٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٧٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « الثَّانِيَةِ » .

(٧٧) فِي ب : « أَقْرَضَنِي » .

(٧٨-٧٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١) فِي ب ، م : « يَعْتَرِفُ » .

(٢) فِي م : « بَأَنَّ » .

(٣) فِي م : « مَدْعِيَا » .

أحدهما مُسْلِمٌ ، والآخرُ كَافِرٌ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ ، وَأَنَّ الْمِيرَاثَ لَهُ دُونَ أَخِيهِ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْكَافِرِ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُسْلِمِ لَا تَحُلُو مِنْ أَنْ يَدَّعَى كَوْنَ الْمَيِّتِ مُسْلِمًا أَصْلِيًّا ، فَيَجِبُ كَوْنُ أَوْلَادِهِ مُسْلِمِينَ ، وَيَكُونُ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، وَهَذَا اخْتِلَافُ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُقَرُّ عَلَى رَدِّهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . أَوْ يَقُولُ : إِنَّ أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ مَوْتِهِ . فَهُوَ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّ الْأَصْلَ مَا قَالَهُ أَخُوهُ ، مُدَّعٍ زَوَالَهُ وَانْتِقَالَهُ ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ^(٤) عَلَى مَا كَانَ ، حَتَّى يَثْبُتَ زَوَالُهُ . وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : إِنَّ الْمُسْلِمَ / ^{١٥١/١١} بِاعْتِرَافِهِ بِأَخُوَّةِ الْكَافِرِ مُعْتَرَفٌ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ ^(٥) لِإِسْلَامِهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُمَا فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، كَالْوَتَنَازَعِ اثْنَانِ عَيْنَانِ فِي أَيْدِيهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ مِنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ الْإِسْلَامِ ، يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ لِقِيطِهَا ، وَيَثْبُتُ لِلْمَيِّتِ ^(٦) فِيهَا ، إِذَا لَمْ يُعْرَفْ ^(٧) أَصْلُ دِينِهِ ^(٧) ، حُكْمُ الْإِسْلَامِ ؛ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ ، وَتَكْفِينِهِ مِنَ الْوَقْفِ الْمَوْقُوفِ عَلَى أَكْفَانِ مَوْتَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلِأَنَّ هَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ ^(٨) الْمُسْلِمِينَ فِي تَغْسِيلِهِ ، وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي مِيرَاثِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يَغْلَى عَلَيْهِ ^(٩) ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، لَمْ تَثْبُتْ عِنْدَ الْحَاكِمِ رَدُّهُ ، وَلَمْ يَنْتَهَ إِلَى الْإِمَامِ خَبْرُهُ ، وَظُهُورُ الْإِسْلَامِ بِنَاءً عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مِنْ ظُهُورِ الْكُفْرِ بِنَاءً عَلَى كُفْرِ أَبِيهِ ، وَلِهَذَا جَعَلَ الشَّرْعُ أَحْكَامَهُ أَحْكَامَ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا عَدَا الْمُتَنَازَعِ فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّا نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ التَّرَكَةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُرِعَ ^(٩) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ ، وَاسْتَحَقَّ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عَيْنَانِ . وَيَقْتَضِي كَلَامُهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا لَا يَصْلُحُ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْتَرَفُ أَنَّ هَذِهِ التَّرَكَةُ تَرَكَةُ هَذَا الْمَيِّتِ ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) في م : « مدعى » .

(٦) سقط من : ا .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨) في م زيادة : « الموق » .

(٩) في م : « أقرع » .

(١٠) في ا : « يصح » .

يَسْتَحِقُّهَا بِالْمِيرَاثِ ، فلا حُكْمَ لِيَدِهِ . وقال أبو الخطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ الْأَمْرُ حَتَّى يُعْرِفَ أَصْلُ دِينِهِ ، أَوْ يَصْطَلِحَا ^(١١) . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . ولنا ، ما ذَكَرْنَاهُ مِنَ الدَّلِيلِ عَلَى ظُهُورِ كُفْرِهِ ، وعند ذلك يَتَعَيَّنُ التَّرْجِيحُ لِقَوْلِهِ ، وَصَرَفَ الْمِيرَاثَ إِلَيْهِ ، وَأَمَّا ظُهُورُ حُكْمِ الْإِسْلَامِ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ؛ فَلأنَّ الصَّلَاةَ لَا ضَرَرَ فِيهَا عَلَى أَحَدٍ ، وَكَذَلِكَ تَغْسِيلُهُ وَدَفْنُهُ . / وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى . فَإِنَّمَا يَعْلُو إِذَا ثَبَتَ ، وَالتَّرَاوُعُ فِي ثُبُوتِهِ . ١٥٢/١١ و هذا فيما إذا لم يَثْبُتْ ^(١٢) أَصْلُ دِينِهِ ^(١٢) ، فَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ أَصْلُ دِينِهِ ، فَالقولُ قولُ مَنْ يَنْفِيهِ عَلَيْهِ مع يَمِينِهِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وقال أبو حنيفة : القولُ قولُ المُسْلِمِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لما ذَكَرَ ^(١٣) فِي التِّي قَبْلَهَا . ولنا ؛ أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قولُ مَنْ يَدَّعِيهِ ، كسائرِ المواضع . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْتَرِفِ الْمُسْلِمُ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَبُوهُ دُونَ الْآخَرِ ، فَهُمَا سَوَاءٌ فِي الدَّعْوَى ^(١٤) ؛ لِتَسَاوِي أَيْدِيهِمَا وَدَعَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ وَالْكَافِرَ فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، وَيُقَسَّمُ مِيرَاثُهُ نِصْفَيْنِ ، كَالو كان في أَيْدِيهِمَا دَارٌّ ، فَادَّعَاها كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ قولُ المُسْلِمِ ؛ لما ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَقَامَ الْمُسْلِمُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ الْكَافِرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، أَسْقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ كَافِرًا . وَقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ مُسْلِمًا ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَطْرَأُ عَلَى الْكُفْرِ إِذَا لَمْ يُورَخْ ^(١) الشُّهُودُ ^(٢) مَعْرِفَتُهُمْ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ الْمَيِّتُ وَلَدَيْنِ ؛ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ ^(٣) بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَأَقَامَ ^(٣) الْكَافِرُ بَيِّنَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، وَلَمْ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَيَصْطَلِحَا » .

(١٢-١٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٣) فِي ١ ، ب ، م : « ذَكَرْنَا » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « الدَّعْوَةُ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقْدَحُ » .

(٢) فِي : م : « شُهُودٌ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ ، ب . نَقَلَ نَظْر .

يُعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عُرِفَ أصل دينه ، نظرنا في لفظ الشهادة ؛ فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلّفظ بما شهدت به ، فهما متعارضتان ، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام ، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر ، قدّمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه ؛ لأن المبقية له على أصل دينه ، ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه ؛ لأنهما إذا عرّفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه ، جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي / عرفاه ، والبيّنة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى ، فقدّمت عليها ، كما لو شهدا^(٤) بأن هذا العبد كان ملكاً للفلان إلى أن مات ، وشهد آخران أنه اعتقه أو باعه قبل موته ، قدّمت بينة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان : نعرفه^(٥) قبل موته قد^(٥) كان مسلماً . وقال شاهدان : نعرفه كان^(٦) كافراً . نظرنا في تاريخهما ؛ فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، عمل بالآخرة منهما ، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى ، إلى ما شهدت به الآخرة . وإن كانتا مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، قدّمت بينة المسلم ؛ لأن المسلم لا يقرّ على الكفر في دار الإسلام ، وقد يُسلم الكافر ، فيقرّ . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، نظرت في شهادتهما ، فإن كانت على اللفظ ، فهما متعارضتان . وإن لم تكن على اللفظ ، ولم يُعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عُرِفَ أصل دينه ، قدّمت الناقلة له عن أصل دينه . وكل موضع تعارضت البيّتان ، فقال الخرقى : تسقط البيّتان ، ويكونان كمن لا بينة لهما . وقد ذكرنا روايتين أخريين ؛ إحداهما ، يُقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ، حلف ، وأخذ . والثانية ، تُقسم بينهما . ونحو هذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تُقدّم بينة الإسلام على كل حال . وقد مضى الكلام معه . وقول الخرقى ، فيما إذا قال شاهدان : نعرفه كان مسلماً . وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً . محمول على من لم يُعرف أصل دينه ، أو علم^(٧) أن^(٨) أصل دينه الكفر . أما من كان مسلماً في الأصل ، فينبغي أن تُقدّم بينة

(٤) في م : « شهد » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب .

(٧) في ا : « على » .

(٨) سقط من : ب .

الكُفْرِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِسْلَامِ يَجُوزُ أَنْ تَسْتَنِدَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْلِ .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ ابْنًا مُسْلِمًا ، وَأَخًا كَافِرًا ، فَاخْتَلَفَا فِي دِينِهِ حَالِ مَوْتِهِ ^(٩) ،

فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَقَارِبِ ، إِلَّا أَنْ يُخْلَفَ / ^(١٠) أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ^(١١) ، أَوْ ١١/١٥٣ وَاخْتَلَفُوا فِي دِينِهِ ، فَإِنْ كَوَّنَ الْأَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ بِمَنْزِلَةِ مَعْرِفَةِ أَصْلِ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ قَبْلَ بُلُوغِهِ مُحْكَمٌ لَهُ بِيَدَيْنِ أَبِيهِ ، فَيُثْبِتُ ^(١٢) أَنَّهُ كَانَ كَافِرًا ، وَأَنَّ الْابْنَيْنِ يَدَّعِيَانِ إِسْلَامَهُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْأَبَوَيْنِ . وَإِنْ كَانَ ^(١٣) مُسْلِمَيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا فِي إِسْلَامِهِ ، لِأَنَّ كُفْرَهُ يَنْبَنِي عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ ، أَوْ أَنَّ ^(١٤) أَبِيهِ كَانَ كَافِرَيْنِ ، فَاسْلَمَا بَعْدَ بُلُوغِهِ ، وَالْأَصْلُ خِلَافُهُ .

فصل : وَلَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ ، وَخَلَفَ زَوْجَةً وَوَرَثَةً سِوَاهَا ، وَكَانَتْ الزَّوْجَةُ كَافِرَةً ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، فَادَّعَتْ أَنَّهَا أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَأُنْكَرَها الْوَرَثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهَا كَافِرَةٌ ، فَادَّعَى عَلَيْهَا الْوَرَثَةُ أَنَّهَا كَانَتْ كَافِرَةً ، فَأُنْكَرَتْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادَّعَوْهَ عَلَيْهَا . وَإِنْ ادَّعَوْا أَنَّهُ طَلَّقَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَأُنْكَرَتْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَإِنْ اعْتَرَفَتْ بِالطَّلَاقِ ، وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَادَّعَتْ أَنَّهُ رَاجَعَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ . وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَنَّهَا لَمْ تَنْقُضِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤها . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ خِلَافًا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَوْ خَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا كَانَ مُسْلِمًا حِينَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ ، وَجَحَدَهُ أَخُوهُ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُتَّفِقِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ زَوَالُهُ ، وَعَلَى أَخِيهِ الْيَمِينُ ، وَتَكُونُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا عَلَى نَفْيِ فِعْلِ أَخِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَبَتَ أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَإِنْ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا ، وَالْآخَرُ رَقِيقًا ، ثُمَّ عَتَقَ ، وَاخْتَلَفَا

(٩) في ١ ، م : « الموت » .

(١٠-١١) في م : « أبوين كافرين وابنين مسلمين » .

(١١) في م : « ثبت » .

(١٢) في م : « كان » .

(١٣) في الأصل ، ١ ، ب : « وأن » .

في حُرَّتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فالقول قول مَنْ يَنْفِيهَا . وإن لم يثبت أنه كان رَقِيقًا ولا كَافِرًا ،
 ١٥٣/١١ ظ فادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ ، فَأُنْكَرَ ، فالقول قوله / ، والميراث بينهما ؛ لأنَّ الأصل
 الحُرِّيَّةُ والإِسْلَامُ ، وَعَدَمُ مَا سِوَاهُمَا .

فصل : وإنَّ أَسْلَمَ أَحَدُ الْاِثْنَيْنِ فِي غُرَّةِ شَعْبَانَ ، وَالْآخَرُ^(١٤) فِي غُرَّةِ رَمَضَانَ ، وَاخْتَلَفَا
 فِي مَوْتِ أَبِيهِمَا ، فَقَالَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا : مَاتَ فِي شَعْبَانَ ، فَوَرِثْتُهُ وَحْدِي . وَقَالَ الْآخَرُ :
 مَاتَ فِي رَمَضَانَ . فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حَيَاتِهِ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهَا . فَإِنْ أَقَامَ
 كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَعَارَضَانِ . وَالثَّانِي ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ
 مَوْتِهِ فِي شَعْبَانَ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ ، لِأَنَّهَا بَيَّنَّتْ مَوْتَهُ فِي شَعْبَانَ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْفَى ذَلِكَ
 عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي دَارٍ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ^(١٥) دَارِي ، وَرِثْتُهَا مِنْ
 أَبِي . وَادَّعَى الْآخَرُ ، أَنَّهَا دَارُهُ ، وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِيهِ . وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَحْمَلُ الْآخَرِ ، وَكَانَتْ فِي يَدِ
 أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ،
 فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ^(١٦) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا ، تَعَارَضَتَا ، وَكَانَ
 الْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِي مِثْلِهَا .

١٩٤١ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَاتَتْ امْرَأَةٌ وَابْنُهَا ، فَقَالَ زَوْجُهَا : مَاتَتْ قَبْلَ
 ابْنِهَا ، فَوَرِثَتَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ابْنِي ، فَوَرِثْتُهُ . وَقَالَ أَخُوهَا : مَاتَ ابْنُهَا ، فَوَرِثْتُهُ ، ثُمَّ
 مَاتَتْ ، فَوَرِثَتَاهَا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَكَانَ مِيرَاثُ
 الْاِثْنَيْنِ لِأَبِيهِ ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ لِأَخِيهَا وَزَوْجِهَا نِصْفَيْنِ)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضًا ، واختلف الأحياء من ورثتهم في
 أسبقهم بالموت ، كأمراة وابنها ماتا ، فقال الزوج : ماتت المرأة أولًا ، فصار ميراثها كله

(١٤) في م : « وأسلم الآخر » .

(١٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٦) في م : « كان » .

لى ولائى ، ثم مات ابنى فصار ميراثه لى . وقال أخوها : مات ابنتها أولاً ، فورثت ثلث ماله ، ثم مائت ، فكان ميراثها بينى وبينك نصفين . حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأخياء من ورثته ، دون من مات معه ؛ لأن سبب استحقاق / الحى من موروثه موجود ، وإنما يمتنع لبقاء^(١) موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، فيكون ميراث الابن لأبيه ، لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين . وهذا مذهب الشافعى . فإن قيل : فقد أعطيتكم الزوج النصف^(٢) ، وهو لا يدعى إلا الربع . قلنا : بل هو مدع له كله ؛ ربيعة بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه . قال أبو بكر : وقد ثبتت النبوة بقيتين ، فلا يقطع ميراث الأب منه إلا بينة تقوم للأخ . وهذا تعليل لقول الخرقي فى هذه المسألة . وذكر قولاً آخر ، أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين . قال : وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعى ما لا يمكن صدقهما فيه ، فهو بينهما نصفين . وهذا لا يدرى ما أراد به ؛ إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين ، فهو قول الخرقي ، وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال^(٣) الابن بينهما نصفين ، لم يصح ؛ لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدعى ، ولا يستحقه يقيناً ؛ لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه ، وإن أراد أن ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة ، فيقسمانه نصفين ، لم يصح ؛ لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما ، لا ينازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما فى نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده^(٤) ، كما لو تنازع رجلان داراً فى أيديهما ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تقسم بينهما نصفين ، وتكون اليمين على مدعى النصف ، إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك ، أن الدار فى أيديهما ، فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعى وهو^(٥) فى يده ، فقبل قوله فيه مع يمينه ، وفى مسألتنا

(١) فى ب : « إبقاء » .

(٢) فى م : « نصف ميراث المرأة » .

(٣) فى ب : « أو مال » .

(٤) فى م زيادة : « كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفى » .

(٥) فى ب ، م : « وهى » .

يَعْتَرِفَانِ أَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ عَنِ الْمَيْتَتَيْنِ ، فَلَا يَدُ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ؛ لَا عِتْرَا فِهْمَا بِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِهَـمَا ، وَإِنَّمَا هُوَ مِيرَاثٌ يَدْعِيَانِيهِ مِنْ (٦) غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ أَرَادَ (٧) أَنَّهُ (٨) يُضَمُّ سُدُسُ مَالِ الْإِبْنِ إِلَى نِصْفِ مَالِ الْمَرْأَةِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَلَهُ وَجْهٌ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي دَعْوَاهُ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً فِي أَيْدِيهِمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْيَمِينُ فِيمَا حُكِمَ لَهُ بِهِ . وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا فِي الْعَرْقِيِّ وَالْهَدْمِيِّ ، أَنَّ يَكُونَ سُدُسُ مِيرَاثِ الْإِبْنِ لِلْأَخِ ، وَبَاقِي الْعِيرَاثَيْنِ لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّنَا نَقْدُرُ أَنَّ الْمَرْأَةَ مَاتَتْ أَوَّلًا ، فَيَكُونُ مِيرَاثُهَا (٩) لِأَيِّهَا وَزَوْجُهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْإِبْنُ ، فَوَرِثَ الزَّوْجُ كُلَّ مَا فِي يَدِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثُهَا (١٠) كُلُّهُ لِلزَّوْجِ ، ثُمَّ نَقْدُرُ أَنَّ الْإِبْنَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ ؛ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَصَارَ الثُّلُثُ بَيْنَ أُخِيهَا وَزَوْجِهَا نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَلَمْ يَرِثِ الْأَخُ إِلَّا سُدُسَ مَالِ الْإِبْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَعَلَّ هَذَا (١١) الْقَوْلُ يَخْتَصُّ بِمَنْ جُهِلَ مَوْتُهُمَا ، وَاتَّفَقَ رَأْيُهُمَا (١٢) عَلَى الْجَهْلِ بِهِ . وَالْقَوْلَانِ الْمُتَقَدِّمَانِ ؛ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أَنَّهُ مَاتَ آخِرًا ، وَأَنَّ الْآخَرَ مَاتَ قَبْلَهُ ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ تَسْقُطَانِ ، (١٣) أَوْ يُقَرَّعُ (١٤) بَيْنَهُمَا ، أَوْ يَفْتَسِمَانِ مَا اخْتَلَفَا فِيهِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولو كان في يد رجل دارٌ ، فادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ أَنَّهَا اشْتَرَتْهَا مِنْهُ ، فَأَتَكَرَّهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ خَفِيفَتِ عَلَى بَيِّنَةِ الزَّوْجِ . وَإِنْ مَاتَ الرَّجُلُ ، وَخَلَّفَ ابْنًا ، فَادَّعَى الْإِبْنُ أَنَّهُ خَلَّفَ الدَّارَ مِيرَاثًا ، وَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ

(٦) في م : « عن » .

(٧) في ب ، م : « أراد » .

(٨) في ب ، م : « أن » .

(٩-٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) في ١ : « ورائهما » .

(١٢-١٢) في م : « أو تستعملان فيقرع » .

أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ بَاعَهَا إِيَّاهَا ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْإِبْنِ مَعَ يَمِينِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ أَكْرَى ^(١٣) بَيِّنًا ^(١٤) فِي دَارِهِ ^(١٥) لِرَجُلٍ / شَهْرًا بَعَشْرَةَ ، فَادَّعَى ^{١٥٥/١١} الرَّجُلُ أَنَّهُ أَكْثَرَى الدَّارَ كُلَّهَا بَعَشْرَةَ ، ذَلِكَ الشَّهْرَ ، وَلَا بَيِّنَةً لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْعَقْدِ ، ^(١٥) إِلَّا أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا ^(١٥) فِي قَدْرِ الْمُكْتَرَى ، فَيَتَحَالَفَانِ ، وَقَدْ مَضَى حُكْمُ التَّحَالُفِ فِي الْبَيْعِ ^(١٦) . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ عَبْدَهُ هَذَا بَعَشْرَةَ ، وَقَالَ الْمُشْتَرَى : بَلْ هُوَ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ بَعَشْرَةَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ . وَلَمْ يَجْعَلْ بَيْنَهُمَا تَحَالُفًا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى يَدَّعِي بَيْعًا فِي الْعَبْدِ الزَّائِدِ ، يُنْكِرُهُ الْبَائِعُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرَى ^(١٧) مَعَ يَمِينِهِ إِذَا عُدِمَتِ الْبَيِّنَةُ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَدْعَوَاهُ بَيِّنَةً ، حَكِمَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٨) بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، سَوَاءٌ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُؤَرَّخَةٌ وَالْأُخْرَى مُطْلَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى الْبَيْتِ مُفْرَدًا ، وَعَلَى الدَّارِ كُلِّهَا ، فِي زَمَنِ وَاحِدٍ ، مُحَالٌ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطَانِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ قُلْنَا : يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا . قَدَّمْنَا قَوْلَ مَنْ تَقَعَّ لَهُ الْفَرْعَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا أَوْجِبْتُمُ الْآخَرَيْنِ مَعًا عَلَى الْمُكْتَرَى ، كَمَا قُلْتُمْ فِيمَا إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ بِالْفِ ، وَقَامَتِ ^(١٩) الْبَيِّنَةُ الْآخَرَى ^(١٩) أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ بِمَائَةٍ : يَجِبُ الْمَهْرَانِ ؟ قُلْنَا : ثُمَّ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرَانِ مُسْتَقَرَّيْنِ ، بَأَنَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَيَدْخُلُ بِهَا ، ثُمَّ يُخَالِعُهَا ، ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ . وَأَمَّا الْأَجْرَةُ ،

(١٣) فِي م : « أَكْرَى » .

(١٤-١٤) فِي م : « مِنْ دَارِ » .

(١٥-١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) تَقَدَّمَ فِي : ١٤١/٨ ، ١٤٢ .

(١٧) فِي ب : « الْمَكْرَى » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩-١٩) فِي أ ، ب ، م : « بَيِّنَةُ أُخْرَى » .

فَلَا تَسْتَقِرُّ إِلَّا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَإِذَا عَقَدَ عَقْدًا قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ تَجِبَ الْأُجْرَتَانِ .

١٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ صَبِيِّ أَلْفًا ، وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنَ الصَّبِيِّ أَلْفًا ، كَانَ عَلَى وَلِيِّ الصَّبِيِّ أَنْ يُطَالِبَ أَحَدَهُمَا بِالْأَلْفِ ، إِلَّا أَنْ تُكُونَ كُلُّ بَيِّنَةٍ لَمْ تُشْهَدْ بِالْأَلْفِ الَّتِي ^(١) شَهِدَتْ بِهَا ^(٢) الْآخَرَى ، فَيَأْخُذَ الْوَلِيُّ الْأَلْفَيْنِ)

١٥٥/١١ ظ

أَمَّا إِذَا كَانَتْ كُلُّ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِالْأَلْفِ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ يُطَالِبُ بِالْأَلْفَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ثَبَتَ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَلْفَيْنِ ، فَيَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ ^(٣) ، وَعَلَى الْوَلِيِّ الْمُطَالَبَةُ ^(٤) بِهَا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْأَلْفِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ أَلْفًا مُعَيَّنًا ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّ هَذَا الرَّجُلَ هُوَ الْآخِذُ لَهَا ^(٥) ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ ^(٦) ، وَلِلْوَلِيِّ مُطَالَبَةُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ الْأَلْفَ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَرُدَّهُ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ رَدَّهُ إِلَى الصَّبِيِّ ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ بِرَدِّهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَبْضٌ صَحِيحٌ . فَإِنْ غَرِمَهُ الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ غَرِمَهُ الرَّادُّ لَهُ ، رَجَعَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ . فَإِنْ غَرِمَهُ أَحَدُهُمَا ، فَادَّعَى أَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَى صَاحِبِهِ ، لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْآخَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ عَلَيْهِ .

١٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ حَرَبَيْنِ جَاءَا ^(١) مِنْ أَرْضِ الْحَرْبِ ، فَذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صَاحِبِهِ ، جَعَلْنَاهُمَا أُخْوَيْنِ . وَإِنْ كَانَا سَيِّئًا ، فَادَّعِيَا ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أُعْتِقَا ^(٢) ، فَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُعْتِقِهِ ، إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، إِلَّا أَنْ

(١) فِي م : « الَّذِي » .

(٢) فِي م : « بِهِ » .

(٣) فِي م : « أَدَاؤُهَا » .

(٤) فِي أ ، م : « أَنْ يُطَالِبَ » .

(٥) فِي الْأَصْلَ : « لَهَا » . وَفِي ب : « بِهَا » .

(٦) فِي ب : « وَاحِدَةً » .

(١) فِي أ ، م : « جَاءَا » .

(٢) فِي أ : « عَتَقَا » .

تُقَوْمَ بِمَا ادَّعَاهُ^(٣) بَيْنَةَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَيُثَبِّتَ النَّسَبَ ، وَيُورَثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أُخِيهِ)

وجُمِلَتْهُ أَنَّ أَهْلَ الْحَرْبِ إِذَا دَخَلُوا إِلَيْنَا مُسْلِمِينَ ، أَوْ غَيْرِ مُسْلِمِينَ ، فَأَقْرَبَ بَعْضُهُمْ بِنَسَبٍ بَعْضٍ ، ثَبَّتَ نَسَبَهُمْ ، كَمَا يَثْبُتُ نَسَبُ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الذِّمَّةِ بِإِقْرَارِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقُبِلَ ، كَمَا إِقْرَارُهُمُ بِالْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا . وَإِنْ كَانُوا سَبِيًّا ، فَأَقْرَبَ بَعْضُهُمْ بِنَسَبٍ بَعْضٍ ، وَقَامَتْ بِذَلِكَ بَيْنَةُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، ثَبَّتَ أَيْضًا ، سَوَاءً كَانَ الشَّاهِدُ أَسِيرًا عِنْدَهُمْ ، أَوْ غَيْرَ أَسِيرٍ . وَيُسَمَّى الْوَاحِدُ مِنْ هَؤُلَاءِ حَمِيلًا ، أَيْ مَحْمُولًا ، كَمَا يُقَالُ / لِلْمَقْتُولِ قَتِيلٌ ، وَلِلْمَجْرُوحِ جَرِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ حُمِلَ مِنَ دَارِ الْكُفْرِ . وَقِيلَ : سُمِّيَ حَمِيلًا ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَ نَسَبَهُ عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ شَهِدَ بِنَسَبِهِ الْكُفَّارُ ، لَمْ تُقْبَلْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ فِي ذَلِكَ تُقْبَلُ ؛ لِتَعَذُّرِ شَهَادَةِ الْمُسْلِمِينَ بِهِ فِي الْعَالِبِ ، فَأَشْبَهَ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي السَّفَرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمْ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّنَا إِذَا لَمْ نَقْبَلْ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ ، فَشَهَادَةُ الْكَافِرِ أَوْلَى ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُمْ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ عَلَى الْمُعْتَقِ^(٤) ، بِتَفْوِيتِ إِرْثِهِ بِالْوَلَاءِ ، عَلَى تَقْدِيرِ الْعَتَقِ . وَإِنْ صَدَّقَهُمَا مُعْتَقُهُمَا ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، وَلَمْ تَقُمْ بَيْنَةُ بِذَلِكَ ، لَمْ يَرِثْ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُعْتَقِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا إِذَا اقْرَبَ بِنَسَبِ أَبِي ، أَوْ أَخٍ ، أَوْ جَدٍّ ، أَوْ ابْنِ عَمٍّ . وَإِنْ اقْرَبَ بِنَسَبِ وَلَدٍ^(٥) ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، لَا يُقْبَلُ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَنْ يَسْتَوْلِدَ ، فَمَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ أُمِكَ أَنْ يَسْتَوْلِدَ بَعْدَ عِتْقِهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِسْتِيلَادَ بَعْدَ عِتْقِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ^(٦) قَبْلَ عِتْقِهِ^(٧) . وَيُرَوَّى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ،

(٣) فِي الْأَصْلِ : « ادْعَا » .

(٤) فِي م : « السَّيِّد » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي م : « يَمْلِكُ » .

(٧) فِي م زِيَادَةً : « أَوْ يَسْتَوْلِدُ قَبْلَ عِتْقِهِ » .

وَمَسْرُوقٍ ، وَالْحَسَنَ ، وَابْنَ سِيرِينَ ، أَنَّ إِقْرَارَهُ يُقْبَلُ فِيمَا يُقْبَلُ فِيهِ^(٨) الْأَخْرَارُ الْأَصْلِيُّونَ^(٩) . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ أَقْرَبُ بِنَسَبٍ وَارِثٌ مَجْهُولُ النَّسَبِ ، يُمَكِّنُ صِدْقَهُ فِيهِ ، وَيُؤَافِقُ^(١٠) الْمُقَرَّرَ لَهُ فِيهِ ، فَقُبِلَ ، كَالْوَأَقَرِّ مَنْ لَهُ أَخٌ بِنَسَبِ ابْنِهِ ، وَهَذَا الْأَصْلُ يَطْلُبُ مَا ذَكَرْتُمُوهُ^(١١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ ، أَنَّ لَا تُورَثُ حَمِيلًا ، حَتَّى تَقُومَ بِهِ بَيِّنَةٌ . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(١٢) . وَقَالَ أَيْضًا^(١٣) : حَدَّثَنَا سَفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ جُدْعَانَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : كَتَبَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ : أَنَّ لَا تُورَثُ حَمِيلًا إِلَّا بَيِّنَةٌ . وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ إِسْقَاطَ حَقِّ^(١٤) مُعْتَقِهِ / مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالْوَأَقَرِّ أَنَّهُ مَوْلَى لِعَیْرِهِ ،^(١٥) أَوْ أَنَّ^(١٦) غَيْرَهُ شَرِيكُهُ فِي وَلَائِهِ ، وَفَارَقَ الْإِقْرَارَ مِنَ الْحُرِّ الَّذِي لَهُ أَخٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ نَتِيجَةُ الْمِلْكِ ، فَجَرَى مَجْرَاهُ ، وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ ثَبَتَ عَنْ عَوَضٍ ، وَالْأُخُوَّةُ بِخِلَافِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِعَیْرِهِ : أُعْتِقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَى ثَمَنِهِ . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ^(١٧) الْوَلَاءُ ؟ وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ بَعُوضٍ ، كَانَ أَقْوَى مِنَ النَّسَبِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا النَّسَبَ فِي الْمِيرَاثِ لِقُرْبِهِ ، لَا لِقُوَّتِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ذَوِي الْفُرُوضِ عَلَى الْعَصَبَةِ مَعَ قُرْبِهِمْ^(١٨) .

فصل : فَإِنَّ^(١٩) كَانَا مُخْتَلَفِي الدِّينِ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهِ^(٢٠) ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا ؛

(٨) في م : « من الأحرار » .

(٩) في م : « الأصليين » .

(١٠) في م : « ووافقه » .

(١١) في م : « ذكره » .

(١٢) في : باب لا يورث الحميل إلا بينة ، من كتاب الفرائض . السنن ٨٩/١ ، ٩٠ .

كما أخرجه وكيع ، عن شريح ، في : أخبار القضاة ١٩١/٢ ، ١٩٢ ، ١٩٣ .

(١٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٤-١٥) في م : « فإن » .

(١٥) في أ ، ب ، م : « إلا » .

(١٦) في الأصل : « قوتهم » .

(١٧) في م : « فإذا » .

(١٨) في م : « بإقرارهما » .

لأنَّه يَحْتَمِلُ أَنْ يُسَلِّمَ الْكَافِرُ مِنْهُمَا فَيَرِثَ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَقْرَأَ بِالنَّسَبِ فِي حَالِ رِقْعِهِمَا ، لَمْ يَثْبُتْ ؛ لِاحْتِمَالِ التَّوَارُثِ بِالْعِتْقِ . وَإِنْ وُلِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٩) ابْنٌ مِنْ خُرَّةٍ ، فَأَقْرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٢٠) لِلْآخَرِ أَنَّهُ ابْنُ عَمِّهِ ، احْتَمَلَ أَنْ يُقْبَلَ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ لِوُجُودِ الْمُقْتَضِيِّ لِقَبُولِهِ ^(٢١) ، وَانْتِفَاءِ الْمُعَارِضِ . وَاحْتَمَلَ أَنْ ^(٢٢) لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُ الْأَصُولِ ، فَالْفُرُوعُ أَوْلَى . فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُمَا . فَأَقْرَأَ أَحَدُهُمَا لِأَيِّ الْآخَرِ أَنَّهُ عَمُّهُ ، لَمْ يَثْبُتْ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ إِلَى أَنَّهُ ابْنُ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ لَوَرِثَ عَمُّهُ دُونَ مَوْلَاهُ الْمُعْتِقَ لَهُ . وَهَلْ يَثْبُتُ بِالنَّسَبِ إِلَى الْعَمِّ ، فَيَرِثُ ابْنُ أَخِيهِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِانْتِقَالِ ^(٢٣) الْوِلَاءِ عَنِ ابْنِ الْأَخِ ، فَلَا تُقْضَى صِحَّةُ الْإِقْرَارِ إِلَى إِسْقَاطِ الْوِلَاءِ . وَالْأَوْلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ بِالنَّسَبِ إِلَى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي الْآخَرِ .

١٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجَانِ فِي الْبَيْتِ ، فَأَقْرَعَا ، أَوْ مَا نَا ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي الْبَيْتِ أَنَّهُ لَهُ ، أَوْ وَرَثَتُهُ ، حُكْمَ بَمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلرَّجَالِ لِلرَّجُلِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ لِلْمَرْأَةِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا ^(١) ، فَهُوَ ^(٢) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ، أَوْ فِي بَعْضِهِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : / جَمِيعُهُ لِي . أَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : هَذِهِ الْعَيْنُ لِي . وَكَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، ^{١٥٧/١١} ثَبَتَ لَهُ ، بِإِخْلَافٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحَدٍ ، أَنَّ مَا يَصْلُحُ لِلرَّجَالِ ؛ مِنَ الْعَمَائِمِ ، وَقُمُصَانِهِمْ ، وَجَبَابِهِمْ ، وَالْأَقْبِيَّةِ ، وَالطَّيَالِسَةِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ ؛ كَحَلِيهِنَّ ، وَقُمُصِيهِنَّ ، وَمَقَانِعِيهِنَّ ، وَمَغَازِلِيهِنَّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا . وَمَا يَصْلُحُ لَهَا ؛

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في الأصل : « يقبوله » .

(٢١) في الأصل : « أنه » .

(٢٢) في ١ ، ب ، م : « لانتفاء » .

(١) في ١ ، ب : « بينهما » .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

كالمفارش ، والأواني ، فهو بينهما ، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة ، أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا في حال الزوجية ، أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا ، أو اختلف ورثتهما ، أو أحدهما ورثة الآخر . قال أحمد ، في رواية الجماعة ؛ منهم يعقوب ابن بختان ، في الرجل يطلّق زوجته ، أو يموت ، فتدعى المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال ، فهو للرجل ، وما كان من متاع النساء ، فهو للنساء ، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء ، فهو بينهما . وإن كان المتاع على يدى غيرهما ، فمن أقام البيّنة ، دفع إليه ، وإن لم تكن لهما^(٣) بيّنة ، أقرع بينهما ، فمن كانت له القرعة ، حلف وأعطى المتاع . وقال ، في رواية مهنّا : وكذلك إن اختلفا ، وأحدهما مملوك . وبهذا قال الثوري ، وابن أبي ليلى . وقال القاضي : هذا إنما هو فيما^(٤) كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة ، فهو له مع يمينه . وإن كان في أيديهما ، قسم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما ، أو لأحدهما . وهذا قول أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، إلا أنّهما قالا : ما يصلح لهما ، ويدهما عليه من طريق الحكم ، فالقول فيه^(٥) قول الرجل مع يمينه . وإذا اختلف أحدهما ورثة الآخر ، فالقول قول التّأني^(٦) منهما ؛ لأنّ اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية ، بدليل أنّه / لو تنازع الحياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص ، كانت للحياط . وقال أبو يوسف : القول قول المرأة ، فيما جرت العادة أنّه قدّر جهاز مثلها . وقال مالك : ما صلح^(٧) لكل واحد منهما ، فهو له ، وما صلح لهما ، كان للرجل ، سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة ، أو من طريق الحكم ؛ لأنّ البيّنة للرجل ، ويده عليه أقوى ؛ لأنّ عليه السكنى . وقال الشافعي ، وزفر ، والبتّي : كلّ ما في البيّنة بينهما نصفين ، فيحلف كلّ واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود ، رضي الله

(٣) في م : « لها » .

(٤) في م زيادة : « إذا » .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في الأصل : « الباقي » .

(٧) في ١ : « يصلح » .

عنه ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي ثُبُوتِ يَدِهِمَا عَلَى الْمُدَّعَى ، وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُقَدَّمْ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، كَالَّذِي يَصْلُحُ لهما ، أَوْ كَمَا^(٨) لَوْ كَانَ^(٩) فِي يَدِهِمَا مِنْ حَيْثُ الْمُشَاهَدَةِ ، عِنْدَ مَنْ سَلَّمَ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ أُيْدِيَهُمَا جَمِيعًا عَلَى مَتَاعِ الْبَيْتِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ نَارَ عَهْمَا فِيهِ أُجْنِبِي ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُمَا ، وَقَدْ يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ يَدًا وَتَصَرُّفًا ، فَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِرِمَامِهَا ، أَوْ قَمِيصًا أَحَدُهُمَا لِابِسُهُ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِكُمِّهِ ، أَوْ جَذَارًا مُتَّصِلًا بِدَارِيهِمَا ، مَعْقُودًا بَيْنَهُمَا أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْجُ^(١٠) . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ وَالْقَاضِي ، أَنَّهُمَا تَنَازَعَا مَا^(١١) فِي أُيْدِيَهُمَا ،^(١٢) وَلَا مَزِيَّةً لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ^(١٣) ، أَشْبَهَ مَا^(١٤) إِذَا كَانَ فِي الْيَدِ الْحُكْمِيَّةِ . فَأَمَّا مَا كَانَ يَصْلُحُ لهما ، فَإِنَّهُ فِي أُيْدِيَهُمَا ، وَلَا مَزِيَّةً لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، أَشْبَهَ مَا^(١٥) إِذَا كَانَ فِي أُيْدِيَهُمَا مِنْ جِهَةِ الْمُشَاهَدَةِ ، وَالِدَّلَالَةُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلنَّافِي^(١٦) ، مِنْهُمَا^(١٧) ، أَنَّ وَارِثَ الْمَيِّتِ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ وَكَيْلًا . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ حُكْمِيَّةً ، بَلْ تَنَازَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فِي عَيْنٍ غَيْرِ قُمَاشٍ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا بِصِلَاحِيَّةِ ذَلِكَ لَهُ ، بَلْ إِنْ كَانَتْ فِي أُيْدِيَهُمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، اقْتَرَعَا عَلَيْهَا^(١٨) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ / فَهِيَ لَهُ ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ حَكَمْنَا بِهَا لَهُ فِي كُلِّ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا^(١٩) يَدٌ حُكْمِيَّةً ، فَأَشْبَهَا سَائِرَ الْمُخْتَلِفِينَ .

١٥٨/١١ و

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي الدُّكَّانِ تَجَارٌ وَعَطَّارٌ ، فَاخْتَلَفَا فِيهَا ، حُكِمَ بِأَلَةِ كُلِّ صِنَاعَةٍ لِمَا فِيهَا ، فَأَلَةُ الْعَطَّارِينَ لِلْعَطَّارِ ، وَأَلَةُ التَّجَارِينَ لِلتَّجَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دُكَّانٍ وَاحِدٌ ،

(٨-٨) سقط من : ١ ، م .

(٩) الأرج : ضرب من الأبنية .

(١٠) في ١ ، م : « فيما » .

(١١-١١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٣) في الأصل : « للباقي » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : « عليه » .

(١٦) في ١ : « فيما » .

لَكِنْ اِخْتَلَفَا فِي عَيْنٍ ، لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا بِصَلَاحِيَةِ الْعَيْنِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا لَهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الرُّوَجَيْنِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ كَتَنَازُعِ الْأَجْنَبِيِّينَ .

فصل : وإذا اِخْتَلَفَ الْمُكْرِي والمُكْتَرَى في شَيْءٍ فِي الدَّارِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ؛ كَالْأَثَاثِ ، وَالْأَوَانِي ، وَالْكِتَابِ ، فَهُوَ لِلْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُكْرِى دَارَهُ فَارِغَةً مِنْ رَحْلِهِ وَقُمَاشِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي شَيْءٍ مِمَّا يَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ ؛ كَالْأَبْوَابِ الْمَنْصُوبَةِ ، وَالْخَوَابِي (١٧) الْمَدْفُوءَةِ ، وَالرُّفُوفِ الْمُسَمَّرَةِ ، وَالسَّلَالِيمِ الْمُسَمَّرَةِ (١٨) ، وَالْمِفَاتِيحِ ، وَالرَّحَا الْمَنْصُوبَةِ ، وَحَجَرِهَا التَّحْتَانِيَّ ، فَهُوَ لِلْمُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِ الدَّارِ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَةَ الْمَعْرُوسَةَ فِيهَا . وَإِنْ كَانَتِ الرُّفُوفُ مَوْضُوعَةً عَلَى أَوْتَادٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الرُّفُوفِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . فَظَاهِرُ هَذَا الْعُمُومِ فِي الرُّفُوفِ كُلِّهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : (١٩) كَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُسَمَّرَةِ ، فَأَمَّا غَيْرُ الْمُسَمَّرَةِ (٢٠) فَهِيَ بَيْنَهُمَا إِذَا تَحَالَفَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ ، فَأَشْبَهَتِ الْقُمَاشَ . وَهَذَا ظَاهِرٌ يَشْهَدُ لِلْمُكْتَرَى ، وَلِلْمُكْرِي ظَاهِرٌ يُعَارِضُ هَذَا ، وَهُوَ أَنَّ الْمُكْرِي يَتْرُكُ (٢١) الرُّفُوفَ فِي الدَّارِ ، وَلَا يَنْقُلُهَا عَنْهَا ، فَإِذَا تَعَارَضَ الظَّاهِرَانِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، اسْتَوَيَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ (٢٢) تَحَالَفَا ، كَانَتْ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَتَكَلَّلَ الْآخَرُ ، فَهِيَ لِمَنْ حَلَفَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلرَّفِّ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ فِي الدَّارِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ تَحَالَفَا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ فِي الدَّارِ ؛ فَالْمَنْصُوبُ (٢٣) / تَابِعٌ لِلدَّارِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِهَا ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَحَدَ الرَّفِّينِ لِمَنْ لَهُ الْآخَرُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اِخْتَلَفَا فِي مِصْرَاعٍ بِابِ

ظ ١٥٨/١١

(١٧) الخواي : الجرار العظيمة .

(١٨) سقط من : الأصل ، وفي أ ، م : « المستمرة » .

(١٩-١٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٢٠) في الأصل ، أ ، ب : « هي » .

(٢١) في ب : « يكترى » .

(٢٢) في م : « إذا » .

(٢٣) في أ ، م : « فالشكل » .

مَقْلُوع ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَسْتَعْنِي عَنْ صَاحِبِهِ ، فَكَانَ أَحَدُهُمَا لِمَنْ لَهُ الْآخَرُ ، كَالْحَجَرِ الْفَوْقَانِيِّ مِنَ الرَّحَى ، وَالْمِفْتَاحِ مَعَ السَّكْرَةِ^(٢٤) . وَوَجْهُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي أَنَّ الرُّفُوفَ لِصَاحِبِ الدَّارِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِتَرْكِ الرُّفُوفِ فِي الدَّارِ ، وَلَمْ تَجْرَ بِنَقْلِ الْمُكْتَرَى لَهَا مَعَهُ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، كَالَّذِي لَهُ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ ، وَلَئِنْهَا إِذَا كَانَتْ لَهَا أُوتَادٌ مَنْصُوبَةٌ ، فَلَا أُوتَادٌ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، فَكَذَلِكَ مَا نُصِبَتْ لَهُ ، كَالْحَجَرِ الْفَوْقَانِيِّ^(٢٥) مِنَ الرَّحَى^(٢٥) إِذَا كَانَ السُّفْلَانِيُّ مَنْصُوبًا ، وَمِفْتَاحِ السَّكْرَةِ الْمُسَمَّرَةِ^(٢٦) .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْخِيَاطُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، فَاخْتَلَفَا فِي الْإِبْرَةِ وَالْمَقَصِّ ، فَهِيَ لِلْخِيَّاطِ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ فِيهِمَا أَكْثَرُ وَأَظْهَرُ ، وَالظَّاهِرُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا دَعَا خِيَّاطًا لِيَخِيطَ^(٢٧) لَهُ ، فَالْعَادَةُ أَنَّهُ يَحْمِلُ مَعَهُ إِبْرَتَهُ وَمَقَصَّهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْقَمِيصِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ إِذْ لَيْسَتْ الْعَادَةُ أَنْ يَحْمِلَ الْقَمِيصَ مَعَهُ يَخِيطُهُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا الْعَادَةُ أَنْ يَخِيطَ قَمِيصَ صَاحِبِ الدَّارِ فِيهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ صَاحِبُ الدَّارِ وَالنَّجَّارُ فِي الْقُدُومِ ، وَالْمِنْشَارِ ، وَالْآلَةِ النَّجَّارَةِ ، فَهِيَ لِلنَّجَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحَشَبَةِ الْمَنْجُورَةِ ، وَالْأَبْوَابِ ، وَالرُّفُوفِ الْمَنْشُورَةِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ النَّجَّادُ وَرَبُّ الدَّارِ فِي قَوْسِ النَّدْفِ ، فَهُوَ لِلنَّجَّادِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْفُرْشِ وَالْقُطْنِ وَالصُّوفِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّارِ وَالسَّقَّا فِي الْقُرْبَةِ ، فَهِيَ لِلْسَّقَّا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحَابِيَةِ وَالْجِرَارِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا تَنَازَعَ رَجُلَانِ دَابَّةً ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَالرَّاكِبُ أَوْلَى بِهَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ فِيهَا أَقْوَى ، وَيَدُهُ آكَدُ ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِمَنْفَعَتِهَا . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا^(٢٨) / حِمْلٌ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْحِمْلِ ؛ ١١ / ١٥٩ و

(٢٤) سَكْرُ الْبَابِ : أَغْلَقَهُ . وَالسَّكْرَةُ : قِفْلُ الْبَابِ .

(٢٥-٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

(٢٦) فِي ب : « الْمَنْصُوبَةُ » .

(٢٧) فِي الْأَصْلُ ، ب : « يَخِيطُ » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

لذلك^(٢٩) . وإن كان لأحدهما عليها حمل ، والآخر راكب عليها ، فهي للراكب ؛ لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا في الحمل ، فادّعاء الراكب وصاحب الدابة ، فهو للراكب ؛ لأن يده على الدابة والحمل معا ، فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج ، فهو لصاحب الدابة ؛ لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو^(٣٠) تنازع اثنان في ثياب على عبء لأحدهما ، فهي لصاحب العبد ؛ لأن يده العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها ، فهما سواء ؛ لأن نفع الثياب يعود إلى^(٣١) العبد ، لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل ، والذي قبله ، كما ذكرنا .

فصل : وإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما ، فهو لهما ، ويخلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به^(٣٢) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر ؛ لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : هو لصاحب الأرض ؛ لأنه متصل بأرضه . ولنا ، أنه حاجز بين ملكيهما ، فكانت يدهما عليه ، فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما ، أو حائط بين داريهما . وما ذكرناه من الترجيعين متقابلان^(٣٣) ، فيستويان . وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما ، فهو بينهما ، كذلك^(٣٤) . وكل موضع قلنا : يُقسم بينهما نصفين . فإنما يخلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له ، دون النصف الآخر ؛ لأن ما لا^(٣٥) يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً ، فلا يستحلف عليه ، كالمُدعى لا يخلف على ما يأخذه المدعى عليه .

(٢٩) في ١ : « كذلك » .

(٣٠) في م : « وإن » .

(٣١) في ب : « على » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٣) في م : « متقابل » .

(٣٤) في م : « لذلك » .

(٣٥) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن تنازعا عِمَامَةً ، طَرَفُهَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، أَوْ قَمِيصًا ، كُمُهُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهِ مَعَ الْآخَرِ ، فَهُمَا سَوَاءٌ فِيهِمَا ^(٣٦) ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُتَمَسِّكِ بِالطَّرْفِ عَلَيْهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَاقِيهَا عَلَى الْآخَرِ ، فَنَازَعَهُ فِيهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا تَسَاوًى فِيهَا . وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا أَرْبَعَةُ أُبْيَاتٍ ، وَفِي أَحَدِ أُبْيَاتِهَا سَاكِنٌ ، وَفِي الثَّلَاثَةِ الْبَاقِيَةِ سَاكِنٌ آخَرٌ ، فَاخْتَلَفَا / فِيهَا ، كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا هُوَ سَاكِنٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ يَنْفَصِلُ عَنْ صَاحِبِهِ ، وَلَا يُشَارِكُ الْخَارِجُ مِنْهُ السَّائِكِينَ فِيهِ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ . وَلَوْ تَنَازَعَا السَّاحَةَ الَّتِي يُتَطَرَّقُ مِنْهَا إِلَى الْبُيُوتِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لَا شَتْرَ اكْتِهَامٍ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا ، فَاشْتَبَهَتِ الْعِمَامَةَ فِيمَا ذَكَرْنَا .

١٥٩/١١ ظ

١٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ حَقٌّ ، فَمَنْعَهُ مِنْهُ ، وَقَدَّرَ لَهُ عَلَى مَالٍ ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ مَقْدَارَ حَقِّهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « أَذْأَلَامَانَةٌ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تُخَنُّ مَنْ خَانَكَ » ^(١))

وَجَمَلَتْهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ ^(٢) لِرَجُلٍ عَلَى غَيْرِهِ ^(٣) حَقٌّ ، وَهُوَ مُقَرَّبُهُ ، بِإِذْلٍ لَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ إِلَّا مَا يُعْطِيهِ . بِلَا خِلَافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدَّرَ حَقَّهُ ؛ ^(٤) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ عَلَيْهِ عَيْنًا مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ ، بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِلْإِنْسَانِ غَرَضٌ فِي الْعَيْنِ . وَإِنْ أُتْلِفَتْ ، أَوْ تَلَفَتْ فَصَارَتْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ الثَّابِتُ فِي ذِمَّتِهِ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، تَقَاصًا ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَالْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ مَا نَعَالَهُ لِأَمْرِ يُبِيحُ الْمَنْعَ ، كَالْتَأْجِيلِ ^(٦) وَالْإِعْسَارِ ^(٧) ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ

(٣٦) فِي م : « فِيهَا » .

(١) فِي ب ، م ، زِيَادَةٌ : « رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ » . وَفِي ب بَعْدَهُ : « وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ » .

(٢-٣) فِي م : « عَلَى رَجُلٍ عَنْ غَيْرِهِ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤) فِي م : « كَالْتَأْجِيلِ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلِلْإِعْسَارِ » .

أَخَذَ شَيْئًا ، لَزِمَهُ رُذُهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ عَوَضَهُ إِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَلَا يَحْصُلُ التَّقَاصُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الذِّي لَهُ لَا ^(٦) يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ فِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ مَانِعًا لَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ بِالْحَاكِمِ أَوْ السُّلْطَانِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ الْأَخْذُ أَيْضًا بِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ بِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَدَّرَ عَلَى اسْتِيفَائِهِ مِنْ وَكِيلِهِ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِكُونِهِ جَائِدًا لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةً لَهُ ^(٧) بِهِ ، أَوْ لِكُونِهِ لَا يُجْبِيهِ إِلَى الْمُحَاكَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ إِجْبَارُهُ عَلَى ذَلِكَ ، أَوْ نَحْوِ هَذَا ، فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَخْذُ قَدَرٍ حَقِّهِ . وَهُوَ إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ ^(٨) جَعَلَ أَصْحَابُنَا الْمُحَدِّثُونَ لَجَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهًا فِي الْمَذْهَبِ ، ^(٩) «أَخْذًا مِنْ» حَدِيثِ ^(١٠) هَنْدٍ ، حِينَ ^(١١) قَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ / : «أَخْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ» ^(١٢) . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَتَخَرَّجُ لَنَا ^(١٣) جَوَازُ الْأَخْذِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَقْدُورُ عَلَيْهِ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَخْذَ بَقْدَرِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، تَحَرَّى ، وَاجْتَهَدَ فِي تَقْوِيمِهِ ، مَا خُوِذَ مِنْ حَدِيثِ هَنْدٍ ، وَمِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الْمُرْتَهَنِ : يَرْكَبُ وَيَحْلُبُ ، بِقَدَرِ مَا يَنْفِقُ ، وَالْمَرْأَةُ تَأْخُذُ مُوْتَتَهَا ، وَبَائِعُ السَّلْعَةِ يَأْخُذُهَا مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ رِضَا ^(١٤) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِخْلَاصِ حَقِّهِ بَيِّنَةً ^(١٥) ، فَلَهُ أَخْذُ قَدَرٍ حَقِّهِ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . وَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَغَيْرِهِ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدَرٍ حَقِّهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَحَاصَّانِ ^(١٦) فِي مَالِهِ إِذَا أَفْلَسَ . وَقَالَ

و ١٦٠/١١

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨) سقط من : ا ، م .

(٩) (٩-٩) في م : «أمن» .

(١٠) (١٠) في ا : «بحديث» .

(١١) (١١) في م : «وقد قال» .

(١٢) (١٢) تقدم تخريجه ، في ٣٤٨/١١ .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) (١٤) في م : «رضا» .

(١٥) (١٥) في م : «بعينه» .

(١٦) (١٦) في ا : «يتحاصمان» .

أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا ، أو ورقا ، أو من جنس حقه ، وإن كان المال عرضا ، لم يَجْز ؛ لأنَّ أخذ العرض عن حقه اغتياض ، ولا تجوز معاوضة إلا برضى من المتعاضين ، قال الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١٧) . واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند ، حين جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . فقال : « نَحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه ، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل . ولنا ، قول النبي ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ اتَّمَنَّاكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . رواه الترمذي ^(١٨) ، وقال : حديث حسن . ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه ، فقد خائنه ، فيدخل في عموم الخبر ، وقال ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ » ^(١٩) . ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه ، كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه ، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه ، فإن التعيين إليه ، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول : اقضيني حقي من هذا الكيس دون هذا . ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين ، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين ، كمالو كان باذلا له . فأما حديث هند ، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقه واجب عليه في كل وقت . وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت ، والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة ، بخلاف الدين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجة كقيام البيته ، فكان الحق صار معلوما ، بعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران ؛ أحدهما ، أن للمرأة من التبسط في ماله ، بحكم العادة ، ما يؤثر في إباحة أخذ الحق ، وبذل اليد فيه بالمعروف ، بخلاف الأجنبية . الثاني ، أن النفقة تراو لا خياء النفس ، وإبقاء المهجة ، وهذا مما ^(٢٠) لا يُصبرُ عنه ، ولا

(١٧) سورة النساء ٢٩ .

(١٨) تقدم تحريجه ، في : ٢٥٦/٩ .

(١٩) تقدم تحريجه ، في : ٦٠٦/٦ . ويضاف : وأخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ .

(٢٠) في ١ ، م : « ما » .

سَبِيلَ إِلَى تَرْكِهِ ، فَجَازَ أَخْذُ مَا تُنْذِفُ بِهِ هَذِهِ ^(٢١) الْحَاجَةُ ، بِخِلَافِ الدِّينِ ، حَتَّى نَقُولَ :
لَوْ صَارَتِ النَّفَقَةُ مَاضِيَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا أَخْذُهَا ، وَلَوْ وَجَبَ لَهَا عَلَيْهِ دَيْنٌ آخَرُ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا
أَخْذُهَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَخَذَ شَيْئًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَجَبَ مِثْلُهُ
إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ دَيْنِيٍّ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ، فِي
قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيٍّ ، لَزِمَهُ غَرْمُهُ ، وَمَنْ جَوَّزَ مِنْ أَصْحَابِنَا الْأَخْذَ ،
فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ وَجَدَ ^(٢٢) جِنْسَ حَقِّهِ ، جَازَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ
الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى أَخْذِهِ ^(٢٣) مِنْ جِنْسِيٍّ ^(٢٤) ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مِنْ غَيْرِ
جِنْسٍ حَقِّهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ تَمْلُكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا يَبِيعُهُ
مِنْ نَفْسِهِ ، وَلَوْلَا حَقُّهُ فِيهِ تُهْمَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا قَالُوا : الرَّهْنُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ، إِذَا
كَانَ مَرْكُوبًا ، أَوْ مَحْلُوبًا ، يُرَكَّبُ ، وَيُحْلَبُ ، بِقَدْرِ النَّفَقَةِ ، وَهِيَ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ .
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَمِنْهُمْ مَنْ جَوَّزَ لَهُ هَذَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُوَاطِئُ رَجُلًا يَدْعَى
عَلَيْهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ دَيْنًا ، فَيُفَرِّقُ لَهُ بِمِلْكِ الشَّيْءِ الَّذِي أَخَذَهُ ، فَيَمْتَنِعُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّعْوَى مِنْ
قَضَاءِ الدِّينِ ، لِيَبِيعَ الْحَاكِمُ الشَّيْءَ الْمَأْخُودَ ، وَيُدْفَعَهُ إِلَيْهِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ عَلَى / إِنْسَانٍ حَقًّا ، وَأَقَامَ بِهِ شَاهِدَيْنِ ، فَلَمْ يَعْرِفِ الْحَاكِمُ
عَدَالَتَهُمَا ، فَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ حَتَّى تُثْبِتَ عَدَالَةُ شُهُودِهِ ، أُجِيبَ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَلِأَنَّ الَّذِي عَلَى الْغَرِيمِ قَدَأْتَى بِهِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْحَاكِمِ ، وَهُوَ
الْكُشْفُ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ لِيُقِيمَ شَاهِدًا
آخَرَ ، وَكَانَ الْحَقُّ مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، لَمْ يُحْبَسِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ مَا
تَمَّتْ ، وَالْحَبْسُ عَذَابٌ ، فَلَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ ^(٢٤) دُونَ تَمَامِ الْبَيِّنَةِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَثْبُتُ
بِشَاهِدٍ وَبَيِّنٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُحْبَسُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ،

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م زيادة : « من » .

(٢٣-٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٤) سقط من : الأصل .

وَأَمَّا الْيَمِينُ مُقَوِّيةٌ^(٢٥) له . والثَّانِي ، لَا يُحْبَسُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حُبِسَ لَهُ^(٢٦) لِيُقِيمَ شَاهِدًا آخَرَ يُتَمُّ بِهِمَا^(٢٧) الْبَيِّنَةُ ، فَهُوَ كَالْحَقْوِقِ الَّتِي لَا تُثْبِتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، وَإِنْ حُبِسَ لِيُحْلِفَ مَعَهُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحَلْفَ مُمَكِّنٌ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ حَلَفَ ، ثَبَتَ حَقُّهُ ، وَإِلَّا ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُدْعَى بَادِلًا لِلْيَمِينِ ، وَالتَّوَقُّفُ لِأَجْلِ إِبْثَاتِ عَدَالَةِ الشَّاهِدِ ، حُبِسَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ عَنِ الْحُكْمِ لغيرِ^(٢٨) ذَلِكَ ، لَمْ يُحْبَسْ ؛ لِمَا^(٢٩) ذَكَرْنَاهُ . قَالَ الْقَاضِي^(٣٠) : وَكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ فِيهِ بِشَاهِدَيْنِ ، اسْتُدِّيَمَ الْحَبْسُ حَتَّى تُثْبِتَ عَدَالَةَ الشُّهُودِ أَوْ فَسَقَتُهُمْ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ^(٣١) بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ : إِنْ جِئْتَ بِشَاهِدٍ آخَرَ إِلَى ثَلَاثِ^(٣٢) وَإِلَّا أَطْلَقْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، وَلَمْ يُعَدِّلَا ، فَسَأَلَ الْعَبْدُ الْحَاكِمَ أَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَى أَنْ يَبْحَثَ الْحَاكِمُ عَنِ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ ذَلِكَ ، وَيُوجِرُهُ مِنْ ثَقَّةٍ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَيَحْبِسُ الْبَاقِيَ ، فَإِنْ عُدِّلَ الشَّاهِدَانِ ، سُلِّمَ إِلَيْهِ الْبَاقِي مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ فَسَقَا^(٣٣) ، رُدَّ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنَّمَا حُلْنَا بَيْنَهُمَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلِأَنَّنَا لَمْ نَحُلْ بَيْنَهُمَا ، أَفْضَى إِلَى أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ ، فَيَطَّأَهَا . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُمَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ^{١١/١٦٦} شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ بِطَلَاقِهَا ، وَلَمْ تُعَرَفْ عَدَالَةُ الشُّهُودِ ، حِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَإِنْ أَقَامَتِ شَاهِدًا وَاحِدًا ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمْ تَتَمَّ ، وَهَذَا مِمَّا لَا يُثْبِتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، فَلَا يُثْبِتُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٥) فِي ١ : « مَعُونَةٌ » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(٢٧) فِي م : « بِهِ » .

(٢٨) فِي م : « بغيرِ » .

(٢٩) ٢٩ - ٢٩ : ١ : « ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا » .

(٣٠) فِي م زِيَادَةٌ : « فِيهِ » .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٢) فِي م : « فَسَقَ » .

كتاب العتق

الْعِتْقُ فِي اللَّعَةِ : الْخُلُوصُ . وَمِنْهُ عِتَاقُ الْخَيْلِ ، وَعِتَاقُ الطَّيْرِ ، أَيْ خَالِصَتُهَا ، وَسُمِّيَ الْبَيْتُ الْحَرَامُ عَتِيقًا ؛ لَخُلُوصِهِ مِنْ أَيْدِي الْجَبَابِرَةِ . وَهُوَ فِي الشَّرْعِ : تَحْرِيرُ الرَّقَبَةِ ، وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الرَّقِّ . يُقَالُ ^(١) : عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَأَعْتَقْتُهُ أَنَا ، وَهُوَ عَتِيقٌ ، وَمُعْتَقٌ ^(٢) . وَالْأَصْلُ فِيهِ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَكُلُّ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٤) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَارَوْى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ، حَتَّى إِنَّهُ لَيُعْتَقُ الْيَدَ بِالْيَدِ ، وَالرَّجْلَ بِالرَّجْلِ ، وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . فِي أَخْبَارٍ كَثِيرَةٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى صِحَّةِ الْعِتْقِ ، وَحَصُولِ الْقُرْبَةِ بِهِ .

فصل : والعِتْقُ مِنْ أَفْضَلِ الْقُرْبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَهُ كَفَّارَةً لِلْقَتْلِ ، وَالْوَطْءِ فِي رَمَضَانَ ، وَالْإِيمَانِ ، وَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ فَكَأَكَا لِمُعْتِقِهِ مِنَ النَّارِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ ^(٦) تَخْلِيصَ الْآدَمِيِّ مِنَ الْمَعْصُومِ مِنْ ضَرَرِ الرَّقِّ ، وَمِلْكَ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِهِ ، وَتَمَكُّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، عَلَى حَسَبِ إِرَادَتِهِ وَاخْتِيَارِهِ . وَإِعْتِاقُ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة المجادلة ٣ .

(٤) سورة البلد ١٣ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقية ... ﴾ من كتاب الكفارات . صحيح البخارى

١٨١/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقية ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٥/٧ . والإمام

أحمد ، فى : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ .

(٦-٦) فى ب ، م : « تخليصا للآدمى » .

الرَّجُلِ أَفْضَلُ مِنْ إِغْتَاكِ الْمَرْأَةِ ؛ لِمَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مَرَّةَ الْبَهْرَظِيُّ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْتِقَ رَجُلًا مُسْلِمًا ، كَانَ فِكَاهُ مِنْ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ مُسْلِمٍ أُعْتِقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ ، كَانَتْ فِكَاهُهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِمَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا امْرَأَةً مُسْلِمَةً أُعْتِقَتِ امْرَأَةٌ مُسْلِمَةٌ ، كَانَتْ فِكَاهُهَا مِنَ النَّارِ ، تُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهَا » (٧) . وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ دَيْنٌ وَكَسْبٌ يَنْتَفِعُ بِالْعِتْقِ ، فَأَمَّا مَنْ يَتَضَرَّرُ بِالْعِتْقِ ، كَمَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ، تَسْقُطُ نَفَقَتُهُ عَنْ سَيِّدِهِ بِإِعْتَاقِهِ (٨) ، فَيَضِيعُ ، أَوْ يَصِيرُ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَيَخْتَارُ إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ . وَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يُخَافُ عَلَيْهِ الْمَضْيُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَالرُّجُوعُ عَنْ دِينِ (٩) الْإِسْلَامِ ، أَوْ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ ، كَعَبْدٍ يُخَافُ أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ وَاحْتَاجَ سَرَقَ ، وَفَسَقَ ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ ، أَوْ جَارِيَةً يُخَافُ مِنْهَا الزُّنَى وَالْفَسَادُ ، كُرْهَ إِعْتَاقِهِ . وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ إِفْضَاؤُهُ إِلَى هَذَا ، كَانَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ التَّوَسُّلَ إِلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ . وَإِنْ أُعْتِقَهُ صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كإِعْتَاقِ غَيْرِهِ .

فصل : وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِالْقَوْلِ ، وَالْمِلْكِ ، وَالْإِسْتِيلَادِ (١٠) . وَنَذَكُرُ ذَلِكَ فِي مَوَاضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ ؛ (١١) لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ (١٢) ، كَسَائِرِ الْإِزَالَةِ . وَالْفَاظَةُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ؛ فَالصَّرِيحُ لَفْظُ الْحُرِّيَّةِ ، وَالْعِتْقُ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهُمَا ، نَحْوُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ أُعْتِقْتُكَ . لِأَنَّ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَرَدَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَهَمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعِتْقِ عُرْفًا ، فَكَانَا صَرِيحَيْنِ فِيهِ ، فَمَتَى أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ ، حَصَلَ بِهِ الْعِتْقُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَ شَيْئًا ، عَتَقَ أَيْضًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ لَقِيَ امْرَأَةً فِي الطَّرِيقِ ، فَقَالَ : تَنْحَى يَا حُرَّةُ . فَإِذَا

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَى الرِّقَابِ أَفْضَلُ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ أُمِّي دَاوُدَ ٢/٣٥٤ ، ٣٥٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ،

فِي : بَابِ الْعِتْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢/٨٤٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/٢٣٥ ، ٣٢١ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي : أ : دَارُ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « وَالْإِسْلَامِ » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : أ . نَقَلَ نَظْرَ .

هي جاريته، قال: قد عتقت عليه. وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة: مروا، أنتم أحرار. وكانت معهم أم ولد له، لم يعلم بها، قال: هذا عندي تعتق أم ولد له. ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين؛ لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق، فلم تعتق بها، كما لو قال: عبدى حر. يريد أنه عفيف كريم الأخلاق، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولد له، فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه، فأجابته غيرها، فقال: أنت طالق. يحسبها التي ناداها، فإنها لا تطلق، على رواية، فكذا ههنا. / فأما إن قصد غير العتق، كالرجل يقول: عبدى هذا حر. يريد عفته، وكرم أخلاقه. أو يقول لعبده: ما أنت إلا حر. أى: إنك لا تطيعنى، ولا ترى لى عليك حقاً ولا طاعة، فلا يعتق في ظاهر المذهب. قال حنبل: سئل أبو عبد الله، عن رجل قال لعلامه: أنت حر. وهو يعاتبه؟ فقال: إذا كان لا يريد به العتق، يقول: كأنتك حر، ولا يريد أن يكون حرًا، أو كلاماً نحو^(١٢) هذا، رجوت أن لا يعتق، وأنا أهاب المسألة؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله، فأنصرف إليه، كما لو نوى بكناية العتق العتق^(١٣). وبهذا قال الثوري، وابن المنذر. قال: وإن طلب استخلافه، حلف. وبيان احتمال اللفظ لما أراده، أن المرأة الحرة تمدح بهذا، فيقال: امرأة حرة. يعنون عفيفة، وتمدح المملوكة به أيضاً، ويقال للحبي الكريم الأخلاق: حر. قالت سبيعة ترثي^(١٤) عبد المطلب:

وَلَا تَسْأَلِي أَنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ عَلَى حُرِّ كَرِيمِ الشَّمَائِلِ
وَأَمَّا الْكِنَايَةُ، فنحو قوله: لا سبيل لى عليك، ولا سلطان لى عليك، وأنت سائبة، واذهب حيث شئت، وقد خلتك. فهذا إن نوى به العتق، عتق؛ لأنه يحتمله، وإن لم ينو به لم يعتق؛ لأنه يحتمل غيره. ولم يرذبه كتاب، ولا سنة، ولا عرف استعمال. وذكر القاضي، وأبو الخطاب، في قوله: لا سبيل لى عليك، ولا سلطان لى عليك. روايتين؛ إحداهما، أنه صريح. والثانية، أنه^(١٥) كناية، وهو الصحيح؛ لما ذكرناه. فأما إن

(١٢) في ١، ب: « شبه ».

(١٣) سقط من: ب.

(١٤) لعلها سبيعة بنت عبد شمس بن عبد مناف: انظر ترجمتها في: أعلام النساء، لكحالة ١٤٨/٢. وبعض خبرها

في: الأغاني ٢٢/٦٨، ٦٩، ٧٣.

(١٥) في الأصل، ١: « أنها ».

قال : لا رِقَّ لى عليك ، ولا مِلْكٌ لى عليك ، وأنتَ لله . فقال القاضى : هو صريح . نصَّ عليه أحمد . وذكر أبو الحطَّاب فيه روايتين . ولا خلاف فى المذهب أنَّه يَعْتِقُ به إذا نَوَى ، وممَّن قال : يَعْتِقُ بقوله : أنتَ لله . إذا نَوَى ؛ الشَّعْبِيُّ ، والمُسَيَّبُ بنُ رافع ، وحمَّاد ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يَعْتِقُ به ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ ، أنتَ عَبْدُ اللَّهِ ^(١٦) ، أو مخلوق لله وَحْدَهُ ^(١٧) . وهذا لا يقتضى العتق . ولنا ، أنَّه يَحْتَمِلُ : أنتَ ^(١٨) حرٌّ لله ، أو عتق / لله ، أو عبد لله وحده ، لست بعبد لى ، ولا لأحد سِوَى اللَّهِ . فإذا نَوَى الحُرِّيَّةَ به ، وقعت ، كسائر الكِنَايَاتِ . وما ذكره لا يصح ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَهُ لما ذكره لا يَمْنَعُ احْتِمَالَهُ لما ذكرناه ، بدليل سائر الكِنَايَاتِ ، فإنَّها تَحْتَمِلُ العتق وغيره ، ولو لم تَحْتَمِلْ إِلَّا العتق لكانت صَرِيحَةً فيه ، وما احْتَمَلَ ^(١٩) أمرين ، انصَرَفَ إلى أحدهما بالنِّية ، وهذا شأن الكِنَايَاتِ . وما ذكره ^(٢٠) من الاحتمال ^(٢١) يدلُّ على أنَّ هذا ليس بصريح ، وإنَّما هو كِنَايَةٌ . وقوله : لا مِلْكٌ لى عليك ، ولا رِقَّ لى عليك . خبرٌ عن انتفاء مِلْكِهِ ورِقِّهِ ، لم يَرِدْ به شَرَعٌ ، ولا عُرِفَ استعمالٌ فى العتق ، فلم يكن صَرِيحاً فيه ، كقوله : ما أنتَ عَبْدى ، ولا مملوكى . وقوله لامرأته : ما أنتِ امرأتى ، ولا زوجتى .

فصل : وإن قال لأُمِّيَّة : أنت طالق . ينوى العتق به ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا تَعْتِقُ به . وهو قول أبى حنيفة ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَفْظٌ وَضِعَ لِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عن المَنفَعَةِ ، فلم يُزَلْ به المِلْكُ عن الرِّقَّةِ ^(٢٢) ، كفسخ الإجارة ، وَلِأَنَّ مِلْكَ الرِّقَّةِ لا يُسْتَدْرَكُ بِالرَّجْعَةِ ، فلا يَنْحَلُّ بِالطَّلَاقِ ، كسائر الأملاك . والرواية الثانية ، هو كِنَايَةٌ تَعْتِقُ به الأُمَّةُ إذا نَوَى ^(٢٣) العتق ^(٢٤) . وهو قول مالك ، والشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ أحدُ الْمِلْكَيْنِ على الأَدَمِيِّ ، فيزول

(١٦) فى ب ، م : « الله » .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٨) فى ب ، م : « أنه » .

(١٩) فى م : « يحتمل » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « ذكره » .

(٢١) فى الأصل : « الاحتمالات » .

(٢٢) فى م : « الرقة » .

(٢٣-٢٤) فى الأصل ، ا : « نواه » .

بلفظ الطلاق ، كالأخر ، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه ، فقد نوى بلفظه ما يَحْتَمِلُهُ ، فَتَحْصُلُ به الحرية ، كسائر كِنَايَاتِ العِتْقِ .

فصل : فإن قال لأكبر منه ، أو لمن لا يؤلّد لمثله : هذا ابني . مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة : هذا ابني . لم يعتق ، ولم يثبت نسبه . وقال أبو حنيفة : يعتق . وخرجه أبو الخطاب وجهان ؛ لأنه اعترف بما ثبت به حرّيته ، فأشبه ما لو أقر بها . / ولنا ، أنه قول يتحقق كذب فيه ، فلم تثبت به الحرّية ، كما لو قال لطفيل : هذا ابني . أو لطفلة : هذه أُمِّي . قال ابن المنذر : هذا من قول الثَّعْمَانِ شاذٌّ ، لم يسبقه أحد إليه ، ولا تبعه أحد عليه ، وهو مُحَالٌ من الكلام ، وكذب يقيناً ، ولو جاز هذا ، لجاز أن يقول الرجل لطفيل : هذا ابني . ولأنه لو قال لزوجه : وهي أسنُّ منه : هذه ابنتي . أو قال لها ، وهو أسنُّ منها : هذه أُمِّي . لم تطلق ، كذا هذا .

فصل : فإن قال لأمتي : أنت حرام عليّ . ينوي به العتق ، عتقت . وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى ، لا تعتق . كقوله لها : أنت طالق . والصحيح أنها تعتق به ؛ لأنه يَحْتَمِلُ ، أنك^(٢٤) حرام عليّ ؛ لكونك حرّة . فتعتق به ، كقوله : لا سبيل لي عليك .

فصل : ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلماً ، أو ذمياً ، أو حرّاً . ولا نعلم في هذا خلافاً ، إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه ، في أن عتق الحرّ لا يصح ؛ لأنه لا ملك له على التمام ، بدليل إباحة أخذه^(٢٥) منه ، وإثفاء عصمته في نفسه وماله . ولنا ، أنه يصح طلاقه ، فصَحَّ إعتاقه ، كالذمّي . ولأنه مالك ، بالغ ، عاقل ، رشيد ، فصَحَّ إعتاقه ، كالذمّي . وقولهم : لا ملك له . لا يصح ؛ فإنهم^(٢٦) قد قالوا : إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر ، فلأن يثبت الجُلك لهم في غير ذلك أولى .

(٢٤) في م : « أنت » .

(٢٥) في م : « أخذ الجزية » .

(٢٦) في ب : « لأنهم » .

فصل : ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبي ، والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم ، وممن حفظنا عنه ذلك ؛ الحسن ، والشعبي ، والزهرى ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ » (٢٧) . ولأنه تبرع بالمال ، فلم يصح منهما / ، كالهبة . ولا يصح عتق السفية المخجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى ، أنه يصح عتقه ، قياساً على طلاقه وتدبيره . ولنا ، أنه مخجور عليه في ماله لحظ نفسه ، فلم يصح عتقه ، كالصبي ، ولأنه تصرف في المال في حياته ، فأشبه بيعه ، وهبته . ويفارق الطلاق ؛ لأن الحجر عليه في ماله ، والطلاق ليس بتصرف فيه . ويفارق التدبير ؛ لأنه تصرف فيه بعد موته ، وغناه عنه بالموت ، ولهذا صححت وصيته ، ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبنئ على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المكره ، كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ، ولا شيء من تصرفاته .

فصل : ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبد (٢٨) ولده الصغير ، أو يتيمة الذى فى حجره ، لم يصح . وهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ؛ لقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » (٢٩) . ولأن له (٣٠) عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصح اعتاقه كإله . ولنا ، أنه عتق من غير مالك ، فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير . قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده ، دل على أنه لا حق له فى سائرته . وقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . لم يرد به حقيقة الملك ، وإنما أراد المبالغة فى وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير ، الذى ورد الخبر فيه ، وثبوت الولاية له على

(٢٧) تقدم تخريجه ، فى : ٥٠/٢ .

(٢٨) فى م : « عبيد » .

(٢٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٩/٤ .

(٣٠) فى الأصل : « وليس » .

مالٍ وَلَدَهُ أَبْلَغُ فِي (٣١) اِمْتِنَاعِ إِعْتَاقِ عِبْدِهِ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَثْبَتَ الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ لِحِظِّ الصَّبِيِّ ، لِيَحْفَظَ مَالَهُ عَلَيْهِ ، وَيُتِمِّيَهُ لَهُ ، وَيَقُومَ بِمَصَالِحِهِ الَّتِي يَعْجِزُ الصَّبِيُّ عَنِ الْقِيَامِ بِهَا ، وَإِذَا كَانَ مَقْصُودُ الْوِلَايَةِ الْحِفْظَ ، اقْتَضَتْ مَنَعَ التَّضْيِيعِ وَالتَّفْرِيطِ بِإِعْتَاقِ رَقِيقِهِ ، وَالتَّبَرُّعِ بِمَالِهِ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدٍ آخَرَ (٣٢) : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ مَمْلُوكُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَامَّةُ الْفُقَهَاءِ . وَلَوْ بَلَغَ رَجُلًا (٣٣) أَنْ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَقَالَ : قَدْ رَضِيتُ . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ .

١٩٤٦ - مسألة ؛ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ، أَوْ وَكَلَ نَفْسَانِ الثَّلَاثَ أَنْ يُعْتِقَ حُقُوقَهُمَا مَعَ حَقِّهِ ، فَفَعَلَ ، أَوْ أَعْتَقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْعَبْدَ مَتَى كَانَ لِثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ؛ إِمَّا بَأَنْفُسِهِمْ ، بِأَنْ يَتَلَفَّظُوا بِعِتْقِهِ مَعًا ، أَوْ يَلْقُوا عِتْقَهُ عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَتَوَجَّدَ ، أَوْ يُوكَلُوا وَاحِدًا ، فَيُعْتِقَهُ ، أَوْ يُوكَلُ نَفْسَانِ مِنْهُمْ الثَّلَاثَ ، فَيُعْتِقَهُ ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (١) . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْ أَعْتَقَ حَقَّهُ ، فَيُثَبِّتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ . وَهَذَا لَا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهُ سَادَتُهُ الثَّلَاثَةُ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، وَهُمْ مُعْسِرُونَ ، أَوْ كَانَ الْمُعْتَقَانِ الْأَوَّلَانِ مُعْسِرَيْنِ ، وَالثَّلَاثُ مُوسِرًا ، فَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُعْسِرُ نَصِيبَهُ قَوْلَيْنِ شَاذَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُعْتَقَ نِصْفُهُ مُنْفَرِدًا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ إِنْسَانٌ نِصْفُهُ حُرٌّ ، وَنِصْفُهُ عَبْدٌ ، كَمَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ نِصْفُ الْمَرْأَةِ طَالِقًا ، وَنِصْفُهَا زَوْجَةً ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِعْتَاقِ جَمِيعِهِ ، فَبَطَلَ (٢) كُلُّهُ .

(٣١) فِي أ ، ب ، م ، : « مِنْ » .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٣٣-٣٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَيَبْطُلُ » .

والثاني، يَعْتَقُ كُلَّهُ، وتكون قِيمَةُ نَصِيبِ الذِي لم يَعْتَقْ في ذِمَّةِ الْمُعْتَقِ، يُتَّعُ بِهَا إِذَا أَيْسَرَ، كَالْوَأَلِ. وهذان القولان شاذان، لم يَقْلُهما مَنْ يُحْتَجُّ بِقَوْلِهِ، ولا يَعْتَمَدُ على مَذْهَبِهِ. ويرُدُّهما قولُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ في عَيْدٍ، فَكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ، وَأُعْطِيَ شِرْكَاءُوهُ/ حَصَصَهُمْ، وَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣). وإذا ثَبَتَ أَنَّهُ لا يَعْتَقُ على الْمُعْسِرِ إِلَّا نَصِيبَهُ، فَباقِي الْعَبْدِ على الرُّقِّ، فإذا أُعْتَقَ مَالِكُهُ، عَتَقَ بِاعْتِقَائِهِ، وَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلَاءٌ مَا أَعْتَقَ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ. وَيُفَارِقُ الْعَتَقُ الطَّلَاقَ؛ لَكَوْنِ الْمَرْأَةِ لَا يُمَكِّنُ الْأَشْرَافَ فِيهَا، وَلَا وُرُودَ النِّكَاحِ على بَعْضِهَا، وَلَا تَكُونَ إِلَّا لِلْوَاحِدِ، فَتَنْظِيرُهُ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِلْوَاحِدِ، فَأَعْتَقَ جُزْءًا مِنْهُ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ جَمِيعَهُ.

فصل: وإذا قال كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ لِلْعَبْدِ: إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ، فَنَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ. فَدَخَلَ، عَتَقَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا، سواءَ قالوا ذلك دُفْعَةً وَاحِدَةً، أَوْ في دُفْعَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ في أَنْصِبائِهِمْ يَقَعُ دُفْعَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَوْقَاتُ تَعْلِيلِهِ (٤).

١٩٤٧ - مسألة؛ قال: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمْ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُلَّهُ، وَصَارَ لِصَاحِبِهِ (١) عَلَيْهِ قِيمَةُ ثُلَاثِيهِ)

وجملته أَنَّ الشَّرِيكَ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ نَصِيبَهُ. لا نَعْلَمُ خِلَافًا فِيهِ؛ لِما فِيهِ مِنَ الْأَثَرِ، وَلِأَنَّهُ جَائِزُ التَّصَرُّفِ، أَعْتَقَ مُلْكَهُ الذِي لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ، فَتَقَدَّ فِيهِ، كَالْوَأَلِ أَعْتَقَ جَمِيعَ (٢) الْعَبْدِ الْمَمْلُوكِ لَهُ. وإذا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، سَرَى الْعِتْقُ إلى جَمِيعِهِ، فَصَارَ جَمِيعُهُ حُرًّا، وعلى الْمُعْتَقِ قِيمَةُ أَنْصِبَاءِ شُرَكَائِهِ، وَالْوَلَاءُ لَهُ. وهذا قولُ مَالِكٍ، وابنِ أَبِي لَيْلَى، وابنِ شُبْرَمَةَ، وَالثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَبِي يُونُسَ، وَمُحَمَّدٍ، وَإِسْحَاقَ. وقالُ الْبُتِّي: لا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّةُ الْمُعْتَقِ، وَنَصِيبُ الْبَاقِينَ باقٍ على الرُّقِّ، ولا

(٣) تقدم تخريجه، في: ٣٦٢/٧.

(٤) في الأصل، ب، م: «تعلقه».

(١) في ب، م: «لصاحبه».

(٢) سقط من: الأصل، ١.

شئاً على الْمُعْتَقِ ؛ لما روى ابنُ التَّلْبِ ، عن أبيه ، أنَّ رجلاً أَعْتَقَ شِقْصَالَه في مَمْلُوكٍ ، فلم يُضْمَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ . ذكره أحمد ، ورواه ^(٣) . ولأنَّه لو باع نَصِيْبَه ، لاختَصَّ البيْعُ به ، فكذلك العِتْقُ ^(٤) ، إلَّا أن تكون جاريةً نَفِيْسَةً ، يُعَالَى فيها ، فيكون ذلك بمنزلة الجَنَانَةِ من الْمُعْتَقِ ؛ للضَّرَرِ الَّذِي أَدْخَلَه على شريكه . وقال أبو حنيفة : لا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّةُ الْمُعْتَقِ ، ولشريكه الخيارُ / في ثلاثة أَشْيَاءَ ؛ إن شاء ^(٥) أَعْتَقَ ، وإن شاء اسْتَسْعَى العَبْدَ ، وإن شاء ضَمَّنَ شريكه ، فَيَعْتَقُ حِينَئِذٍ . ولنا ، الحديثُ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وهو حديثٌ صحيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه ^(٦) ، ورواه مالكٌ ، في « موطأه » ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، فأثَبَتَ النَّبِيُّ ﷺ العِتْقَ في جَمِيعِهِ ، وأَوْجَبَ قِيَمَةَ نَصِيْبِ شريكِ الْمُعْتَقِ المُوسِرِ عليه ، ولم يجعل له خِيَرَةً ، ولا لغيره . وروى قتادةٌ ، عن أبي المَلِيجِ ، عن أبيه ، أنَّ رجلاً من قَوْمِهِ أَعْتَقَ شِقْصَالَه من مَمْلُوكٍ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فجعلَ خَلَاصَهُ عليه في ماله ، وقال : « لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيْكٌ » ^(٧) . قال أبو عبد الله : الصَّحِيْحُ أَنَّهُ عن أبي المَلِيجِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، مُرْسَلٌ ، وليس فيه عن أبيه . هذا مَعْنَى كلامه . وقولُ البُتِّي شاذٌّ ، يُخَالِفُ الْأَخْبَارَ كُلَّهَا ، فلا يُعَوَّلُ عليه . وحديثُ التَّلْبِ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ على المُفْسِرِ ، جَمْعًا بين الْأَحَادِيثِ . وقياسُ العِتْقِ عَلَى البيْعِ لا يَصِحُّ ، فَإِنَّ البيْعَ لا يَسْرِي فيما إذا كان العَبْدُ كُلُّهُ له ، والعِتْقُ يَسْرِي ، فَإِنَّهُ لو باعَ نَصْفَ عَبْدِهِ ، لم يَسِرْ ، ولو أَعْتَقَ نَصْفَهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ وَلَاءَهُ يَكُونُ له ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ ^(٨) مِنْ مَالِهِ ^(٩) ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٩) . ولا خِلَافَ في هذا عِنْدَ مَنْ يَرَى عِتْقَهُ عليه .

(٣) أخرجه أبو داود من طريق الإمام أحمد ، في : باب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتق . سنن أبي داود

٣٥٠/٢ . ولم نجده في المسند .

(٤) في ب : « المعتق » .

(٥) سقط من : م .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٢/٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب من أعتق شركا له في مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٧٧٢/٢ .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبا له من مملوك ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٤/٥ ، ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : أ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ كَوْنِ الشُّرَكَاءِ مُسْلِمِينَ أَوْ كَافِرِينَ ، أَوْ بَعْضُهُمْ مُسْلِمًا ، وَبَعْضُهُمْ كَافِرًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي الْكَافِرِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ نَصِيبُهُ مِنْ مُسْلِمٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْرِي إِلَى بَاقِيهِ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ عَبْدًا مُسْلِمًا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْحَبَرِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ ثَبَتَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالْغَرَضُ هَهُنَا تَكْمِيلُ الْعِتْقِ ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الشَّرِيكِ دُونَ التَّمْلِيكِ ، بِخِلَافِ الشَّرَاءِ ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّ هَهُنَا تَمْلِكًا ، لَكَانَ تَقْدِيرًا فِي أَذْنَى زَمَانٍ / ، حَصَلَ ضَرُورَةُ تَحْصِيلِ الْعِتْقِ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنْ قُدِّرَ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَهُوَ مَعْمُورٌ ١٦٦/١ وَبِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعِتْقِ ، فَوُجُودُهُ كَالْعَدَمِ ، وَقِيَاسُ هَذَا عَلَى الشَّرَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لَمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أُعْتِقَاهُ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا فِيهِ عِتْقٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ خَرًّا بِعِتْقِ الْأَوَّلِ لَهُ)

يعنى أَنَّ الْعِتْقَ يَسْرِي إِلَى جَمِيعِهِ بِاللَّفْظِ ، لَا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَيُعْتَقُ كُلُّهُ حِينَ لَفْظِهِ ^(١) بِالْعِتْقِ ، وَيَصِيرُ خَرًّا ، وَتُسْتَقَرُّ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ ، فَلَا يُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ بِعِتْقِ غَيْرِهِ . وَهَذَا قَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ لَهُ ، وَاخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي قَوْلِهِ ^(٢) : لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَيَكُونُ قَبْلَ ذَلِكَ مِلْكًا لِلصَّاحِبِ ، يَنْفُذُ عِتْقُهُ فِيهِ ، وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِغَيْرِ الْعِتْقِ . وَهَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، فَأُعْطِيَ ^(٣) شُرَكَاءُهُ حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ » ^(٤) . وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ : « فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يَقُومُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَدْلٍ ، لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يُعْتَقُ » . فَجَعَلَهُ عَتِيقًا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ إِذَا ثَبَتَ بِعَوَضٍ وَرَدَ

(١) في ١ ، ب ، م : « لفظ » .

(٢) في ب ، م زيادة : « له » .

(٣) في ١ : « وأعطى » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٢/٧ .

قول النبي ﷺ : « قوم عليه قيمة العدل » ... ولفظ أبي داود هما جزء من حديث ابن عمر الذي سيذكر المصنف بعض رواياته في الصفحة التالية . وقد تقدم تخريج هذه الألفاظ في الموضع المشار إليه .

الشَّرْعُ بِهِ مُطْلَقًا ، لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ، كَالْمُكَاتِبِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الْعَتَقَ مُرَاعَى ، فَإِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ عَتَقَ مِنْ حِينَ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْقِيَمَةَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَتَقَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ اخْتِطَاطًا لِهَاجِمِيًّا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ، رُويَ بِالْفَاطِ مَخْتَلِفَةً ، تَجْتَمِعُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الْحُرِّيَّةِ بِاللَّفْظِ ، فَمِنْهَا ، لَفْظُ رَوَاهُ أُيُوبُ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَا ^(٥) يَبْلُغُ ثَمَنُهُ بِقِيَمَةِ الْعَدْلِ ، فَهُوَ عَتِيقٌ » . رَوَاهُ ^(٦) الْبُخَارِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالنَّسَائِيُّ ، وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : « فَكَانَ لَهُ مَالٌ / ، فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ » . وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ أَبِي ذُئْبٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : « وَكَانَ لِلَّذِي يُعْتَقُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنُهُ ، فَهُوَ يَعْتَقُ كُلُّهُ » . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٧) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شَيْئًا فِي مَمْلُوكٍ ، فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ » . وَهَذِهِ تُصَوِّصُ فِي مَحَلِّ ^(٨) النَّزَاعِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَهُ حُرًّا وَعَتِيقًا بِإِعْتَاقِهِ ، مَشْرُوطًا بِكَوْنِهِ مُوسِرًا . وَلِأَنَّهُ عَتَقَ بِالسَّرَايَةِ ، فَكَانَتْ حَاصِلَةً عَقِيبَ لَفْظِهِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ ^(٩) جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ ، وَلِأَنَّ الْقِيَمَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَقْتُ الْإِعْتَاقِ ، وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الشَّرِيكِ فِيهِ بِغَيْرِ الْإِعْتَاقِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، لَا يَنْفُذُ بِالْإِعْتَاقِ أَيْضًا ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْعَتَقَ حَصَلَ فِيهِ بِالْإِعْتَاقِ الْأَوَّلِ . فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ؛ فَإِنَّ « الْوَاوَ » لَا تَقْتَضِي تَرْتِيبًا ، وَأَمَّا الْعَطْفُ بِـ « ثُمَّ » فِي اللَّفْظِ الْآخِرِ ، لَمْ يُرَدِّ بِهَا التَّرْتِيبُ ، فَإِنَّهَا قَدْ تَرَدَّدَتْ لِعَبْرِ التَّرْتِيبِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ اللَّهُ شَهِدَ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ ﴾ ^(١٠) . وَأَمَّا الْعَوْضُ ، فَإِنَّمَا وَجَبَ

ظ ١٦٦/١١

(٥) فِي ١ : « مَالٌ » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٧) فِي : بَابٍ مِنْ ذِكْرِ السَّعَايَةِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنْ أُمِّي دَاوُدَ ٣٤٩/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ تَقْوِيمِ الْأَشْيَاءِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ بِقِيَمَةِ عَدْلِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرَكَةِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبًا فِي عَبْدٍ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ ... مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٢/٣ ، ١٩٠ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٨٧/٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيُعْتَقُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٩٤/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَةَ ٨٤٤/٢ .

(٨) فِي ١ ، ب : « مِنْ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠-١٠) فِي م : « حَرَامٌ مِنْ عِبِيدِهِ » .

(١١) سُورَةُ يُونُسَ ٤٦ .

عن الْمُتَلَفِ بِالْإِعْتَاقِ ، بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بِقِيَمَتِهِ حِينَ الْإِعْتَاقِ ، وَعَدَمِ اعْتِبَارِ التَّرَاضِي فِيهِ ، وَوُجُوبِ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ وَكُسْرٍ وَلَا شَطَطٍ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّرِيكَينَ إِذَا أَعْتَقَاهُ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لهما فِيهِ عِتْقٌ ، وَلَا لهما عَلَيْهِ وَلَاؤُهُ ، وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حُرًّا بِاعْتِقَالِهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمُ اثْلَاثًا ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ . وَلَوْ أَنَّ الْمُعْتَقَ الْأَوَّلَ لَمْ يُؤَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى أَفْلَسَ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَكَانَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ دَيْنًا ، يُزَاحِمُ بها الشَّرِيكَانِ عِنْدَنَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ جَارِيَةً حَامِلًا ، فَلَمْ تُؤَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُعْتَقِ إِلَّا قِيَمَتُهَا حِينَ أَعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ حَرَّرَهَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، يَقُومُ وَلَدُهَا أَيْضًا . وَلَوْ تَلَفَ الْعَبْدُ قَبْلَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ ، مَاتَ حُرًّا ، وَالْقِيَمَةُ عَلَى الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ عَلَيْهِ ^(١٢) / رِقَّةً . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا شَيْءَ عَلَى ^{١٦٧/١١} الْمُعْتَقِ ، وَمَا ^(١٣) لَمْ يَقُومَ ، وَيُحَكِّمُ بِقِيَمَتِهِ ، فَهُوَ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ عَبْدٌ .

فصل : وَالْقِيَمَةُ مُعْتَبَرَةٌ حِينَ اللَّفْظِ بِالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِثْلَافِ ، ^(١٤) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . وَلِلشَّرِيكِ مُطَالَبَةٌ الْمُعْتَقِ بِالْقِيَمَةِ ^(١٥) ، عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهَا ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَنًا ، تَخْتَلَفَ فِيهِ الْقِيَمُ ^(١٥) ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الزِّيَادَةُ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ^(١٧) فِي صِنَاعَةٍ فِي الْعَبْدِ تَوْجِبُ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ^(١٦) ؛ لِذَلِكَ ^(١٨) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ يُحْسِنُ

(١٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١٣) سقطت الواو من : أ ، ب ، م .

(١٤-١٥) مكان هذا في الأصل ، أ ، ب : « وهو قول الشافعي » .

(١٥) في أ : « القيمة » .

(١٦-١٧) سقط من : أ . نقل نظر .

(١٧) في م : « اختلف » .

(١٨) في أ : « كذلك » .

الصَّنَاعَةِ فِي الْحَالِ ، وَلَمْ يَمْضِ زَمَنٌ يُمَكِّنُ^(١٩) تَعَلُّمَهَا فِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا صِدْقَهُ . وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ^(٢٠) حَدُوثَهَا فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، وَعَدَمُ الْحُدُوثِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي عَيْبٍ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ^(٢١) ؛ كَسَرِقَةٍ ، أَوْ إِبَاقٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ ، فَبِالْجِهَةِ الَّتِي رَجَّحْنَا قَوْلَ الْمُعْتَقِ فِي نَفْيِ الصَّنَاعَةِ ، تُرَجِّحُ قَوْلُ الشَّرِيكِ فِي نَفْيِ الْعَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ فِيهِ حَالٌ اخْتِلَافٍ ، وَاخْتِلَافًا فِي حَدُوثِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ ، وَبَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ ، وَعَدَمُ حَدُوثِ الْعَيْبِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَتُهُ مِنَ الْعَيْبِ حِينَ الْإِعْتِقِ .

فصل : وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْيَسَارِ فِي هَذَا ، أَنْ يَكُونَ لَهُ فَضْلٌ عَنْ قُوَّتِهِ^(٢٢) ، يَوْمُهُ وَلَيْلَتُهُ ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ مِنَ الْكِسْوَةِ ، وَالْمَسْكَنِ ، وَسَائِرِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ ، مَا^(٢٣) يَدْفَعُهُ إِلَى شَرِيكِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « التَّنْبِيهِ » . وَإِنْ وُجِدَ بَعْضُ مَا يَفْقِدُ بِالْقِيَمَةِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قَدْرٌ مَا يَمْلِكُهُ مِنْهُ . ذَكَرَهُ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ أَحْمَدُ : لَا تُبَاغُ فِيهِ دَارٌ ، وَلَا رِبَاعٌ . وَمُقْتَضَى هَذَا ، أَنْ لَا يُبَاغَ لَهُ أَصْلُ مَالٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ / ^{١٦٧/١١} يُبَاغُ عَلَيْهِ سِوَارُ بَيْتِهِ ، وَمَالُهُ بِأَلٍ^(٢٤) مِنْ كِسْوَتِهِ ، وَيُقْضَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كَمَا^(٢٥) يُقْضَى عَلَيْهِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى . وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُ تَلَفُّظِهِ بِالْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ الْوُجُوبِ ، فَإِنْ أَيْسَرَ الْمُعْسِرُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَسْرِ إِعْتَاقُهُ ، وَإِنْ أَعْسَرَ الْمُوسِرُ ، لَمْ يَسْقُطْ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ ؛ ^(٢٥) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ^(٢٥) ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِعْسَارِهِ ، كَذَيْنِ الْإِثْلَافِ . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر . وفي : « تعليمها » .

(٢٠) في ب ، م : « القيمة » .

(٢١) في أ : « قوت » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في أ : « مال » .

(٢٤) في أ ، ب ، م : « ما » .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

فصل : إذا قال أحد الشريكين لشريكه : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ مع نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقًا معًا ، ولم يلزم المعتق شيء . وقيل : يعتق كله على المعتق ؛ لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه ، فلزم^(٢٦) أن يكون سابقًا عليه . والأول أولى ؛ لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه ، فوجب حملُه عليه ، كما لو وكله في إعتاق نصيبه مع نصيبه ، فأعتقهما معًا . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ ، فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه ، سرى ، وعتق كله عليه ، وقوم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأن السراية سبقت ، فمنعت عتق الشريك . ويحتمل أن يعتق عليهما جميعًا ؛ لأن عتق نصيبه سبب للسراية ، وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر ؛ لوجودهما في حال واحد .^(٢٧) وقد يرجح وقوع^(٢٧) عتق الشريك ؛ لأنه تصرف منه في ملكه ، والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل ،^(٢٨) فكان نفوذ عتق الشريك أولى . ولأن سراية العتق على خلاف الأصل^(٢٨) ؛ لكونها إثلافاً لملك المعضوم بغير رضاه ، وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك ، كان أولى . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ قبل^(٢٩) نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقًا معًا عليهما . وكذلك إذا قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ قبل^(٢٩) إعتاقك نصيبك . وقعًا معًا ، إذا أعتق نصيبه . وهذا مقتضى قول أبي بكر ، والقاضى . ومقتضى قول ابن عقييل ، / أن يعتق كله على المعتق ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأنه إعتاق^(٣٠) في زمن ماضٍ . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ، ممن قال بسراية العتق ، أن لا يصح إعتاقه ؛ لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدُّم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك ، ويُفضى إلى الدور ، فيمتنع الجميع . وقد مضى

(٢٦) في ١ ، ب ، م : « فيلزم » .

(٢٧) ٢٧ - ٢٧ في ب : « ووقوع » .

(٢٨) ٢٨ - ٣٨ سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩) ٢٩ - ٢٩ سقط من : م . نقل نظر .

(٣٠) في م : « أعتق » .

الكلام على (٣٠) هذا في مسائل الطلاق (٣١) . والله تعالى أعلم .

١٩٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، وَأَعْتَقَهُ الثَّانِي وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ وَنَصِيْبُ (١) شَرِيْكِهِ ، وَكَانَ ثُلْثٌ وَلَايِهِ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ ، وَثُلَاثَاهُ لِلْمُعْتَقِ الثَّانِي)

ظاهر المذهب أنَّ المُعْسِرَ إذا أعتق نَصِيْبَهُ من العبد ، استقرَّ فيه العتق ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرقِّ ، فإذا أعتق (٢) الثَّانِي نَصِيْبَهُ ، وهو مُوسِرٌ ، عتق عليه جميع ما بقي منه ؛ نَصِيْبُهُ بِالْمُبَاشَرَةِ (٣) ، ونَصِيْبُ شريكه الثَّالِثِ بالسَّرَايَةِ ، وصار له ثلثا ولايته ، وللأَوَّلِ ثلثه . وهذا قول إسحاق ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، وداود ، وابن جرير . وهو قول مالك ، والشافعي ، على الوجه الذي بيناه من قولهما فيما مضى . وروى عن عروة ، أنه اشترى عبداً أعتق نصفه ، فكان عروة يشاهره ؛ شهر عبداً ، وشهر حرٌّ . وروى عن أحمد ، أنَّ المُعْسِرَ إذا أعتق نَصِيْبَهُ ، استسعى العبد في قيمة حصّة الباقيين حتى يؤدّيها ، فيعتق . وهو قول ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي (٤) مَمْلُوكٍ ، فعليه أن يُعْتَقَهُ كُلُّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتَسْعَى الْعَبْدُ ، (٥) غَيْرَ مُشْقُوقٍ عَلَيْهِ » (٥) . متفق عليه ، ورواه أبو داود (٦) . قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة : فإذا استسعى

(٣٠) في م : « في » .

(٣١) تقدم في : ٥٣٥/١٠ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « استحق » .

(٣) في م : « بالمباشرة » .

(٤) في ب : « من » .

(٥-٥) سقط من : ب .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء ... ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق نصيباً في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٨٥ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب ذكر سعاية العبد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ . وأبو داود ، في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .

فِي نَصِيفِ قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ مُعْتَقَهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنَصِيفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْحَاجُّ إِلَى هَذَا ، وَكَفَّلَهُ إِيَّاهُ . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَغْتَنِقُ جَمِيعُهُ ، وَتَكُونُ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ / فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَتَّبِعُ^(٧) ، فَإِذَا وَجَدَ فِي الْبَعْضِ سَرَى إِلَى جَمِيعِهِ ، ١٦٨/١١ ظ كَالطَّلَاقِ ، وَيَلْزَمُ الْمُعْتَقُ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلَفُ لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ بِإِعْتَاقِهِ ، فَوَجِبَتْ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا لَوْ أُتْلِفَ^(٨) بِقَتْلِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْرَى الْعَتَقُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ إِعْتَاقُ النَّصِيبِ الْبَاقِي ، فَيَتَخَيَّرُ شَرِيكُهُ بَيْنَ إِعْتَاقِ نَصِيبِهِ ، وَبِكُونِ الْوَلَاءِ بَيْنَهُمَا ، وَبَيْنَ أَنْ يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِهِ ، فَإِذَا أَذَاهُ إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عَمْرٍ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ عِنْدَ جَمِيعِ الْعُلَمَاءِ بِالْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ الْاسْتِسْعَاءَ إِعْتَاقٌ بَعْوَضٍ ، فَلَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ ، كَالْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ فِي الْاسْتِسْعَاءِ إِضْرَارًا بِالشَّرِيكِ وَالْعَبْدِ ؛ أَمَّا الشَّرِيكُ فَإِنَّمَا نُحِيلُهُ عَلَى سِعَايَةِ لَعَلَّهُ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَإِنْ حَصَلَ فَرُبَّمَا يَكُونُ يَسِيرًا مُتَفَرِّقًا ، وَيَفُوتُ عَلَيْهِ مَلَكُهُ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَإِنَّمَا نُجْبِرُهُ عَلَى سِعَايَةِ لَمْ يُرِدْهَا ، وَكَسِبَ لَمْ يَحْتَرَهُ ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمَا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٩) . قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ : أَلَيْسَ إِنَّمَا الْزِمَ الْمُعْتَقُ ثَمَنَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ ، لِثَلَايِدُ خَلَّ عَلَى شَرِيكِهِ ضَرَرٌ ، فَإِذَا أَمْرُوهُ^(١٠) بِالسَّعْيِ ، وَإِعْطَايَهُ كُلَّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَمْلِكِهِ ، فَأَيُّ ضَرَرٍ أَعْظَمُ مِنْ هَذَا ! فَأَمَّا حَدِيثُ الْاسْتِسْعَاءِ ، فَقَالَ الْأَثَرُمُ : ذَكَرَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ ، فَطَعَنَ فِيهِ ، وَضَعَفَهُ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِي الْاسْتِسْعَاءِ يَثْبُتُ^(١١) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَرْوِيهِ ابْنُ أَبِي عَرُوبَةَ^(١٢) . وَأَمَّا شُعْبَةُ ، وَهَشَامُ الدَّسْتَوَائِي . فَلَمْ يَذْكُرَاهُ^(١٣) . وَحَدَّثَ بِهِ مَعْمَرٌ ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ السَّعَايَةَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَهَمَّامٌ أَيْضًا لَا

= كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعتق شركاه في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٥ ، ٤٢٦ ، ٤٧٢ .

(٧) في الأصل : « ينتقض » .

(٨) في الأصل : « أتلف » .

(٩) في م : « ضمار » . وتقدم تخريجه ، في : ١٤٠/٤ .

(١٠) في ب ، م : « أمره » .

(١١) في أ ، ب ، م : « ثبت » . وما في الأصل معناه : شيء يثبت .

(١٢) في أ ، ب ، م : « عروة » .

(١٣) في الأصل ، أ ، ب : « يذكره » .

يُقُولُهُ . قَالَ الْمُرُودِيُّ : وَضَعَفَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ حَدِيثَ سَعِيدٍ . وَقَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : لَا يَصِحُّ حَدِيثُ الْأَسْتِسْعَاءِ . وَذَكَرَ هَمَّامٌ أَنَّ ذِكْرَ الْأَسْتِسْعَاءِ مِنْ فُتْيَا قَتَادَةَ ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْكَلَامِ الَّذِي هُوَ مِنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَوْلِ قَتَادَةَ . قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ / : فَكَانَ قَتَادَةُ يَقُولُ : إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَدُورُ عَلَى قَتَادَةَ ، وَقَدْ اتَّفَقَ شُعْبَةُ ، وَهَشَامٌ ، وَهَمَّامٌ ، عَلَى تَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَهُمْ الْحُجَّةُ فِي قَتَادَةَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ فِيهِ عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْحَدِيثِ إِذَا خَالَفَهُمْ غَيْرُهُمْ . فَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَوْلُ صَاحِبَيْهِ الْأَخِيرِ ، فَلَا شَيْءَ مَعَهُمْ يَحْتَجُّونَ بِهِ مِنْ حَدِيثٍ قَوِيٍّ وَلَا ضَعِيفٍ ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ رَأْيٍ وَتَحَكُّمٍ يُخَالِفُ الْحَدِيثَيْنِ جَمِيعًا . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يَقُلْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَزُفَرَ^(١٤) ، بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، وَلَا حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى وَجْهِهِ ، وَكُلُّ قَوْلٍ خَالَفَ^(١٥) السُّنَّةَ ، فَمُرْدُودٌ عَلَى قَائِلِهِ . وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ .

فصل : إِذَا قُلْنَا بِالسَّعَايَةِ ، احْتَمَلْنَا أَنْ لَا يَعْتَقَ كُلُّهُ ، وَتَكُونَ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ دَيْنًا يَسْعَى^(١٦) فِي أَدَائِهَا ، وَتَكُونَ أَحْكَامُهُ^(١٧) أَحْكَامُ الْأَحْرَارِ ، فَإِنْ مَاتَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ السَّعَايَةِ ، وَبَاقِي مَالِهِ مَوْرُوثٌ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى أَحَدٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يَعْتَقَ حَتَّى يُودَّى السَّعَايَةِ ، فَيَكُونَ حُكْمُهُ قَبْلَ أَدَائِهَا حُكْمَ مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ ، إِنْ^(١٨) مَاتَ ، فَلِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يَعْتَقَ مِنْ مَالِهِ مِثْلُ مَا يَكُونُ لَهُ ، عَلَى قَوْلِ مَنْ لَمْ يَقُلْ بِالسَّعَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَقَ بِأَدَاءِ مَالٍ ، فَلَمْ يَعْتَقَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كَالْمُكَاتِبِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُرَيْمَةَ : يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى الْمُعْتَقِ إِذَا أُيسِّرَ ؛ لِأَنَّهُ كَلَّفَهُ السَّعَايَةَ بِإِعْتِقَاقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لَزِمَ الْعَبْدَ فِي مُقَابَلَةِ حُرِّيَّتِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، كَالْمُكَاتِبَةِ^(١٩) ، وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ ، لَكَانَ هُوَ السَّاعِيَ فِي الْعَوَضِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ .

(١٤) فِي الزِّيَادَةِ : « صَاحِبِهِ » .

(١٥) فِي م : « يَخَالِفُ » .

(١٦) فِي م : « يَسْتَسْعَى » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٨) فِي م : « إِذَا » .

(١٩) فِي أ ، ب ، م : « الْكِتَابَةِ » .

١٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ الثَّانِي مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيْبُهُ مِنْهُ ، وَكَانَ ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِمَنْ لَمْ يَعْتَقِ ، ^(١) فَإِنْ مَاتَ وَفِي يَدِهِ مَالٌ كَانَ ثُلُثُهُ لِمَنْ لَمْ يَعْتَقِ ^(٢) ، وَثُلُثَاهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ وَالْمُعْتَقِ الثَّانِي بِالْوَلَاءِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَحَقُّ مِنْهُمَا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ / لِأَنَّ الْمُعْسِرَ لَا يُعْتَقُ إِلَّا نَصِيْبُهُ ، وَالْأَوَّلُ وَالثَّانِي مُعْسِرَانِ ، فَلَمْ يَنْصِبْهُمَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ إِلَّا نَصِيْبُهُ ، وَنَصِيْبُهُمَا الثَّلَاثَانِ ، وَبَقِيَ ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِلثَّلَاثِ ، فَإِذَا خَلَفَ الْعَبْدُ مَالًا ، فَثُلُثُهُ لِلَّذِي لَمْ يَعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُكَ لِثُلُثِهِ ، وَثُلُثَاهُ مِيرَاثٌ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُمَا بِجُزْئِهِ الْحَرِّ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ نَسِبٌ ، يَرِثُ مَالَهُ كُلَّهُ ، أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ مِنَ الْمُعْتَقِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ نَسِبٌ فَهُوَ لِلْمُعْتَقَيْنِ بِالْوَلَاءِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ذُو فَرْضٍ يَرِثُ الْبَعْضَ ، أَخَذَ فَرْضَهُ مِنْهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْمُعْتَقَيْنِ . وَهَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُكَ ثُلُثُهُ قَاسِمَ الْعَبْدِ فِي حَيَاتِهِ كَسْبِهِ ، وَلَمْ يُهَآيَئْهُ ، فَأَمَّا إِنْ قَاسَمَهُ ، أَوْ هَآيَأَهُ ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِي تَرْكِتِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بِالْجُزْءِ الْحَرِّ ، فَتَكُونُ جَمِيعُهَا مِيرَاثًا لَوَرِثَتِهِ ، دُونَ مَالِكَ ثُلُثِهِ ، إِذَا لَاحَقَّ لَهُ فِي الْجُزْءِ الْحَرِّ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ حَقٌّ فِيمَا كَسَبَهُ ^(٣) ، وَلَا فِيمَا مَلَكَهُ ^(٤) .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالسَّعَايَةِ ، فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى حِينَ أُعْتَقَهُ الْأَوَّلُ ، فَإِذَا أُعْتَقَ الثَّانِي نَصِيْبُهُ ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي حُرِّيَّتِهِ ، هَلْ حَصَلَتْ بِإِعْتَاقِ ^(٥) الْأَوَّلِ أَوْ لَا ؟ فَمَنْ جَعَلَهُ حُرًّا ، لَمْ يَصَحَّ عِتْقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِ الْأَوَّلِ ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهُ حُرًّا ، صَحَّ ^(٦) عِتْقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ أُعْتِقَ جُزْءًا مَمْلُوكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ . وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ سِعَايَتِهِ فَقَدْ مَاتَ وَثُلُثُهُ رَقِيْقٌ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي الْمِيرَاثِ كَحُكْمِ ^(٧) مَا ذَكَرْنَا فِي الْقَوْلِ الْآخَرِ .

فصل : وَإِذَا حَكَمْنَا بِعِتْقِ بَعْضِهِ ، وَرَقَّ بَاقِيهِ ، فَإِنْ نَفَقْتَهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَطَرْتَهُ ، وَأَكْسَبَاهُ ، بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ عَلَى قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ . وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الْمُهَآيَاةِ بَيْنَهُمَا ، كَانَتْ نَفَقَةُ الْعَبْدِ وَكَسْبُهُ فِي أَيَّامِهِ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَفِي أَيَّامِ سَيِّدِهِ يَكُونُ كَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ،

(١-١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢) في م زيادة : « به » .

(٣) في الأصل : « بإعتاقه » .

(٤) في الأصل ، أ ، ب : « صح » .

(٥) في ب ، م : « حكم » .

وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . فَأَمَّا الْأَكْسَابُ النَّادِرَةُ ؛ كَاللَّقِطَةِ ، وَالْهَيْةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَاةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَكْسَابِهِ / فَأَشْبَهَتْ الْمُعْتَادَةَ . وَذَكَرَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَاةِ ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمُهَيَاةَ مُعَاوَضَةٌ ، فَكَأَنَّهُ تَعَاوَضَ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْ كَسْبِهِ فِي يَوْمٍ سَيِّدُهُ بِنَصِيْبٍ سَيِّدِهِ فِي يَوْمِهِ ، فَلَا تَتَنَاوَلُ الْمُعَاوَضَةُ الْمَجْهُوْلَ ، وَمَا لَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ وَجُودُهُ . فَأَمَّا الْوِثَارُ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْمُهَيَاةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرِثُ بِجُزْئِهِ الْحُرَّ ، وَيَمْلِكُ هَذَا الْعَبْدُ بِجُزْئِهِ الْحُرَّ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الْمِلْكِ ، وَيَرِثُ ، وَيُورِثُ بِقَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَقَدْ مَضَى ذِكْرُ ذَلِكَ .

فصل : وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ، وَهُوَ صَحِيحٌ جَائِزُ التَّصَرُّفِ ، صَحَّ عِتْقُهُ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ ، عَتَقَ كُلُّهُ . فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمرَ ، وَابْنِهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(٦) . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ بِالْحِجَازِ ، وَالْعِرَاقِ ، قَالُوا : يَعْتِقُ كُلُّهُ إِذَا أَعْتَقَ نِصْفَهُ . وَقَالَ طَاوُسٌ : يَعْتِقُ فِي عِتْقِهِ ، وَيَرِثُ فِي رِقِّهِ . وَقَالَ حَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ^(٧) : يَعْتِقُ مِنْهُ مَا أَعْتَقَ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ . وَخَالَفَ أَبَا حَنِيفَةَ أَصْحَابُهُ ، فَلَمْ يَرَوْا عَلَيْهِ سِعَايَةً . وَرَوَى عَنْ مَالِكٍ ، فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ ، ثُمَّ غَفَلَ عَنْهُ حَتَّى مَاتَ ، فَقَالَ : أَرَى نِصْفَهُ حُرًّا ، وَنِصْفَهُ رَقِيْقًا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي بَعْضِهِ ، فَلَمْ يَسِرْ إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قُومَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ جَمِيعَ الْعَبْدِ » ^(٨) . وَإِذَا أَعْتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبَ شَرِيكِهِ ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى عِتْقِ جَمِيعِهِ إِذَا كَانَ كُلُّهُ مِلْكًا لَهُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ ^(٩) مَمْلُوكٍ ،

(٦) أَخْرَجَهُ عَنْهُمَا النَّبَهِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ مِنْ مَمْلُوكِهِ شِقْصًا ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٢٧٤/١٠ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَعْتِقُ بَعْضَ مَمْلُوكِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْصِيَّةِ . الْمُصَنَّفُ ١٨٣/٦ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمرَ ، عَبْدِ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَدِيرِ . الْمُصَنَّفُ ١٤٨/٩ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٣٦٢/٧ .

(٩) فِي م : « فِي » .

فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ» (١٠). وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ لِبَعْضِ مَمْلُوكِهِ الْآدَمِيِّ، فَزَالَ عَنْ جَمِيعِهِ،
كَالطَّلَاقِ، وَفُتِيَ الْبَيْعُ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى السَّعَايَةِ، وَلَا يَنْبَغِي عَلَى التَّغْلِيْبِ (١١) ١٧٠/١١ ظ
وَالسَّرَايَةِ (١٢). إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعْتَقَ جُزْءًا كَبِيرًا، كِنَصْفِهِ وَثُلُثِهِ، أَوْ
صَغِيرًا، كَعُشْرِهِ وَعُشْرَ عَشْرِهِ. وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافَ بَيْنِ الْقَائِلِينَ بِسَرَايَةِ الْعِتْقِ إِذَا كَانَ
مَشَاعًا. وَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مُعَيَّنًا، كَرَأْسِهِ، أَوْ يَدِهِ، أَوْ أَصْبُعِهِ، عَتَقَ كُلَّهُ أَيْضًا. وَبِهَذَا قَالَ
قَتَادَةُ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ. وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ: إِنْ أُعْتِقَ رَأْسُهُ، أَوْ ظَهْرُهُ، أَوْ
بَطْنُهُ، أَوْ جَسَدُهُ، أَوْ نَفْسُهُ، أَوْ فَرْجُهُ، عَتَقَ كُلَّهُ؛ لِأَنَّ حَيَاتَهُ لَا تَبْقَى بَدُونِ ذَلِكَ، وَإِنْ
أُعْتِقَ يَدَهُ، أَوْ عُضْوًا تَبْقَى حَيَاتُهُ بَدُونَهُ (١٣)، لَمْ يُعْتَقْ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِزَالَةَ ذَلِكَ مَعَ بَقَائِهِ،
فَلَمْ يُعْتَقْ بِإِعْتَاقِهِ، كَشَعْرِهِ، أَوْ سِنِّهِ. وَلَنَا، أَنَّهُ أُعْتِقَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ، فَيُعْتَقُ
جَمِيعُهُ، كَرَأْسِهِ، فَأَمَّا إِذَا أُعْتِقَ شَعْرُهُ، أَوْ سِنُّهُ، أَوْ ظُفْرُهُ، لَمْ يُعْتَقْ. وَقَالَ قَتَادَةُ،
وَاللَّيْثُ، فِي الرَّجُلِ يُعْتَقُ ظُفْرُ عُنْدِهِ: يُعْتَقُ كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ أَشْبَهَ أَصْبُعَهُ. وَلَنَا،
أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَزُولُ، وَيَخْرُجُ غَيْرُهَا، فَأُشْبِهَتْ الشَّعْرَ، وَالرِّيقَ، وَقَدْ ذُكِرَ ذَلِكَ فِي
الطَّلَاقِ (١٤)، وَمَا ذُكِرَ فِي الطَّلَاقِ فَالْعَتَاقُ مِثْلُهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

١٩٥١ - مسألة؛ قال: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَأَدَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
أَنَّ شَرِيكَهَ أُعْتِقَ حَقَّهُ مِنْهُ، فَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى
شَرِيكِهِ، فَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ، كَانَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيَصِيرَ حُرًّا،
أَوْ يَخْلِفَ مَعَ أَحَدِهِمَا، وَيَصِيرَ نَصْفَهُ حُرًّا)

أَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرِيكَانِ مُعْسِرَيْنِ، فَلَيْسَ فِي دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ إِعْتَاقَ نَصِيبِهِ
اعْتِرَافٌ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ، وَلَا ادِّعَاءٌ لَا سَتَحَقَاقِ قِيَمَتِهِ (١) عَلَى الْمُعْتَقِ؛ لِكَوْنِ عِتْقِ الْمُعْسِرِ
يَقِفُ عَلَى نَصِيبِهِ، وَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهِ، فَلَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ أَكْثَرُ مِنْ أَنَّهُ شَاهِدٌ عَلَى صَاحِبِهِ

(١٠) تقدم تخريجه، في: صفحة ٣٥٤.

(١١) في الأصل: «التغلب».

(١٢) سقطت الواو من: ب.

(١٣) في الأصل، أ، ب: «بدونها».

(١٤) تقدم في: ٥١٣/١٠.

(١) في: أ: «قيمتها».

بِإِغْتِاقِ نَصِيْبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنَا عَدْلَيْنِ فَلَا أَثَرَ لِكَلَامِهِمَا فِي الْحَالِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ
غَيْرَ الْعَدْلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ ، فَشَهَادَتُهُمَا مَقْبُولَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
لَا يَجُزُّ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا ، وَقَدْ حَصَلَ لِلْعَبْدِ ^(٢) بِحُرِّيَّةِ كُلِّ نَصِيفٍ
مِنْهُ شَاهِدٌ عَدْلٍ ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَهُمَا ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَإِنْ حَلَفَ مَعَ أَحَدِهِمَا صَارَ نَصْفُهُ
حُرًّا . عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : ^(٣) «إِنَّ الْعَتَقَ يَحْصُلُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ مَعَ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ، لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ ^(٤) الْعَتَقَ لَا يَحْصُلُ بِشَاهِدٍ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . بَلَا خِلَافٍ
نَعْلَمُهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَدْلًا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْعَدْلِ ، وَيَصِيرُ
نَصْفُهُ حُرًّا ، وَيَبْقَى نَصْفُهُ الْآخَرُ رَقِيْقًا .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالْإِسْتِسْعَاءِ ، فَقَدْ اعْتَرَفَ بِأَنْ نَصِيْبَهُ قَدْ ^(٥) خَرَجَ عَنْ يَدِهِ ، فَيَخْرُجُ
الْعَبْدُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ ؛ لِإِعْتِرَافِ ^(٦) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذَلِكَ فِي نَصِيْبِهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيْبَ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَسِرْ إِلَى النُّصْفِ الَّذِي
كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ حَصَلَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِإِغْتِاقِ شَرِيْكِهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَدْعِي إِعْتَاقَهُ ، بَلْ يَعْتَرِفُ بِأَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُخْلَصٌ لَهُ مِمَّنْ يَسْتَرْقُهُ ^(٧) ظُلْمًا ،
فَهُوَ كَمُخْلَصِ الْأَسِيرِ مِنْ أَيْدِي الْكُفَّارِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يَسْرَى ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ حَصَلَ
بِهِ الْإِعْتَاقُ ^(٨) ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَ بَعْضٍ وَلَدِهِ . وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ عَلَى شَرِيْكِهِ ،
لَيْسَتْ رِقَّتُهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوْعٌ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ ، كَالْوَأَقْرِ
بِحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ . وَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ إِنْ أَعْتَقَهُ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ ؛
لِمَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّنَا نَعْلَمُ أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ وَلَاءً ^(٩) ، وَلَا يَدْعِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ،

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في الأصل : « باعتراف » .

(٦) في الأصل ، ١ : « يشتره » .

(٧) في الأصل : « العتاق » .

(٨) سقط من : الأصل .

ولا يُنَارِعُهُ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ اشْتَرَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَصِيبَ صَاحِبِهِ ، صار العبدُ كله حُرًّا ، لا ولاءَ عليه لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ أَعْتَقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَاهُ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَى مَا ^(٩) أَعْتَقَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ أَفَرَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَصَدَّقَ / الْآخَرَ فِي شَهَادَتِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعَانِ ، ^{ط ١٧١/١١} وَيَثْبُتُ ^(١٠) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْوَلَاءُ عَلَى نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يُنَارِعُهُ فِيهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُصَدِّقُ الْآخَرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَلَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْوَلَاءُ لهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يُكْذَبْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْوَلَاءَ عَلَيْهِ ثَابِتٌ لهُمَا ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَأَنَّهُ بَيْنَهُمَا ؛ إِمَّا بِالْعِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَإِمَّا بِالثَّانِي ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ كَانَا صَادِقَيْنِ فِي شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَدْ ثَبَتَ الْوَلَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النَّصْفِ الَّذِي أَعْتَقَهُ أَوَّلًا ، وَإِنْ كَانَا كَاذِبَيْنِ ، فَقَدْ أَعْتَقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفَهُ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَادِقًا ، وَالْآخَرُ كَاذِبًا ، فَلَا ولاءَ لِلصَّادِقِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقِ النَّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ أَوَّلًا ، وَلَا صَحَّ ^(١١) عِتْقُهُ فِي الَّذِي اشْتَرَاهُ ، لِأَنَّهُ كَانَ حُرًّا قَبْلَ شِرَائِهِ ، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْكَاذِبِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ النَّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى النَّصْفَ الَّذِي لِشَرِيكَه فَأَعْتَقَهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي صَاحِبَهُ فِي الْاِحْتِمَالِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَكُلُّ مَنْ شَهِدَ عَلَى سَيِّدٍ عَبْدٍ يَعْتِقُ عَبْدَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ . وَبِهَذَا قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَلَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرَى ولاءٌ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ عِتْقَهُ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا ، أَوْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ عَدْلَيْنِ ، فَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٢) ، وَعَتَقَ ، أَوْ شَهِدَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَدْلٌ آخَرُ ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ،

(٩) فِي م : « مِنْ » .

(١٠) فِي ١ : « وَثَبِتَ » .

(١١) فِي ١ : « يَصَحُّ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ ١ : ب ، م .

فَأُنْكَرَ^(١٣) ، وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِعَتَقِهِ ، عَتَقَ ، وَلَا وَلَا عَلَى الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لِأَحَدٍ حَقٌّ يُنْكَرُهُ . فَإِنْ عَادَ مَنْ يَثْبُتُ^(١٤) إِعْتَاقُهُ ، فَاعْتَرَفَ بِهِ ، ثَبَّتَ لَهُ الْوَلَاءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُسْتَحَقَّ لَهُ سِوَاهُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ لِإِنْكَارِهِ لَهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ ، بَزَالَ الْإِنْكَارِ / وَثَبَّتَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُوسِرَانِ إِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِمَا ، فَإِنْ صَدَّقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي أَنَّهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ سَبَقَ بِالْعِتْقِ ، فَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْآخَرِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُعْتِقَ نَصِيبَهُ دُفْعَةً وَاحِدَةً ، فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ الْمُعْتَقُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعِتْقِ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . ١٧٢/١١

١٩٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَانِ مُوسِرَيْنِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا عَلَى شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَيَمِينُ^(١) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشَرِيكِهِ^(٢))

وَجُمْلَتُهُ^(٣) أَنَّ الشَّرِيكََيْنِ الْمُوسِرَيْنِ ، إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَرِفٌ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ ، شَاهِدٌ عَلَى شَرِيكِهِ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ لِشَرِيكِهِ : أُعْتَقْتَ نَصِيبُكَ ، فَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى نَصِيبِي ، فَعَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْكَ ، وَلِزِمَكَ لِي قِيمَةُ نَصِيبِي . فَصَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لَا غَيْرَافِهِمَا^(٤) بِحُرِّيَّتِهِ ، وَبَقِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٥) يَدَّعِي قِيمَةَ حَصْبَتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ^(٦) لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَبَرَى^(٧) ، فَإِنْ تَكَلَّلَ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَكَلَّلَا جَمِيعًا ، تَسَاقَطَ حَقَّاهُمَا ؛ لِتِمَاطُلِهِمَا . وَلَا فَرْقُ فِي هَذِهِ الْحَالِ بَيْنَ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأُنْكَرَهُ » .

(١٤) فِي ١ ، ب ، م : « ثَبَّتَ » .

(١) فِي ب ، م : « فَيَمِينُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي م : « وَجُمْلَةُ ذَلِكَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِاعْتِرَافِهِمَا » .

(٥) فِي م : « كَانَ » .

(٦) فِي ١ ، ب ، م : « وَبَرَا » .

العَدْلَيْنِ والفَاسِقَيْنِ ، والمُسْلِمَيْنِ والكَافِرَيْنِ ؛ لِتَسَاوَى العَدْلُ والفَاسِقُ ، والمُسْلِمُ والكَافِرُ ، فِي الاعْتِرَافِ والدَّعْوَى ، بِخِلَافِ التَّي قَلْبَهَا .

فصل : وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مُوسِرًا ، وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُعْسِرِ وَحْدَهُ ؛ لِاعْتِرَافِهِ ^(٧) ^(٨) بِأَنْ نَصِيْبَهُ ^(٩) قَدْ صَارَ حُرًّا بِاعْتِاقِ شَرِيكِهِ الْمُوسِرِ الَّذِي يَسِرَى عِتْقَهُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ نَصِيبُ الْمُوسِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَنَّ الْمُعْسِرَ الَّذِي لَا يَسِرَى عِتْقَهُ ، أُعْتَقَ نَصِيبُهُ خَاصَّةً ، فَعَتَقَ وَحْدَهُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُعْسِرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُ بِشَهَادَتِهِ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، لِكَوْنِهِ يُوجِبُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ . / فَعَلَى هَذَا ، إِنْ لَمْ تُكُنْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ سِوَاهُ ، ^{١١٧٢/١١} ظ حَلَفَ الْمُوسِرُ ، وَبَرَى مِنْ الْقِيَمَةِ وَالْعِتْقِ جَمِيعًا ، وَلَا وِلَاءَ لِلْمُعْسِرِ فِي نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا لِلْمُوسِرِ ؛ لِذَلِكَ أَيْضًا . فَإِنْ عَادَ الْمُعْسِرُ ، فَأَعْتَقَهُ ، وَادَّعَاهُ ، ثَبَّتَ لَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُوسِرُ بِاعْتِاقِ نَصِيبِهِ ، وَصَدَّقَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ أَيْضًا ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْمُعْسِرِ ، وَثَبَّتَ ^(٩) لَهُ الْوِلَاءُ . وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ تَشْهَدُ بِاعْتِاقِ الْمُوسِرِ ، وَكَانَتْ عَدْلَيْنِ ، ثَبَّتَ الْعِتْقُ ، وَوَجَبَتِ الْقِيَمَةُ لِلْمُعْسِرِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ رَجُلًا وَاحِدًا ، حَلَفَ الْعَبْدُ مَعَهُ ، وَثَبَّتَ ^(١٠) الْعِتْقُ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْآخَرَى ، لَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ ، وَلِلْمُعْسِرِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ ، وَيَسْتَحِقَّ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ ، سِوَاءَ حَلَفَ الْعَبْدُ ، أَوْ لَمْ يَحْلِفْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَدَّعِيهِ مَالٌ ، يُقْبَلُ ^(١١) فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أُعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُوسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُدَّعَى وَحْدَهُ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِسِرَايَةِ ^(١٢) عِتْقِ شَرِيكِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا نِصْفَ الْقِيَمَةِ عَلَى شَرِيكِهِ ، وَلَا يَسِرَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ الْمُعْتَقُ لَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا بِاعْتِاقِهِ لَهُ ، وَلَا وِلَاءَ لَهُ عَلَيْهِ ؛ لِإِنْكَارِهِ لَهُ . قَالَ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بَاعْتِرَافِهِ » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) فِي ١ : « وَثَبَّتَ » .

(١٠) فِي ١ : « وَثَبَّتَ » .

(١١) فِي ١ : « فَقَبِلَ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِسِرَايَةِ » .

القاضي : وولأوه موقوف . وإن كان المدعى عدلاً ، لم تُقبل شهادته ؛ لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه ، فيجبر بشهادته إليه ^(١٣) نفعا ، ومن شهد بشهادة يجبر إليه بها نفعا ، بطلت شهادته كلها . وأما إن كان المدعى عليه مُعسرا ، فالقول قوله مع يمينه ، ولا يعتق منه شيء . وإن كان المدعى عدلاً ، حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حراً . وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسرا ، سعى له ، وإن كان مُعسرا ، سعى لهما . وقال أبو حنيفة : إن كان مُعسرا ، سعى العبد ، ولأوه بينهما ، وإن كان موسرا ، فولأ نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق ، استحق الولاء ، ولأ كان الولاء لبيت المال .

فصل : / إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غرابا ، فنصيبى حراً . وقال الآخر : إن لم يكن غرابا ، فنصيبى حراً . وطار ، ولم يعلم حاله ، فإن كانا موسرين ، عتق العبد كله ؛ وإن كان أحدهما موسرا ، والآخر مُعسرا ، عتق نصيب المُعسر وحده ؛ لما ذكرنا ، وإن كانا مُعسرين ، لم يعتق نصيب واحد منهما ؛ لأنه لم يتعين الجنب فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، عتق نصفه ؛ لأننا علمنا حرية نصفه ، ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد ^(١٤) أجنبى ، عتق نصفه ؛ لأن نصفه حر يقينا ، فلم يملك جميعه .

١٩٥٣ - مسألة : قال : (وإذا مات رجل ، وحلف ابني ، وعبدني ، لا يملك غيرهما ، وهما متساويان في القيمة ، فقال أحد الابنين : أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما ، لا أذرى من منهما . أقرع بينهما ؛ فإن وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعنقه ، عتق ثلثاه إن لم يجز الابن عتقه كاملا ، وكان الآخر عبدا ، وإن وقعت القرعة على الآخر ، عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرع ^(١) بقوله فيه سدسه ، ونصف العبد الآخر ، ولأخيه نصفه ، وسدس العبد الذي اعترف أن أباه أعتقه ، فصارت ثلث كل واحد من العبدین حراً)

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت ، ^(٢) (أو بالوصية ^(٣) ؛ لأنه لو

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الزيادة : « جميعه » .

(١) في ١ ، ب ، م : « قرعنا » .

(٢-٣) في ١ : « الوصية » .

أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، لَعَتَقَ كُلَّهُ ، وَلَمْ يَقِفْ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ . فَأَمَّا إِذَا اعْتَرَفَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا فِي مَرَضِهِ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ إِمَّا أَنْ يُعَيِّنَا الْعِتَقُ فِي أَحَدِهِمَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثُلَاثًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ثُلُثُ جَمِيعِ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَا عِتَقَ جَمِيعِهِ ، فَيَعْتَقُ . الثَّانِي ، أَنْ يُعَيِّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْعِتَقَ فِي وَاحِدٍ غَيْرِ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، فَيَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣) ثُلَاثًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ نِصْفُ الْعَبْدَيْنِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي عِتَقِ حَقِّهِ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَهُوَ ثُلَاثُ النِّصْفِ الَّذِي لَهُ ، وَذَلِكَ هُوَ الثُّلُثُ . وَلِأَنَّهُ يَعْتَرَفُ بِحُرِّيَّةِ ثُلَاثِهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّهِ مِنْهُمَا ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، وَيَبْقَى الرُّقُّ فِي ثُلَاثِهِ ، / فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكَرُ عِتْقَهُ . وَالحَالُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا : أَبِي أَعْتَقَ هَذَا . وَيَقُولُ الْآخَرُ : أَبِي أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، لَا أَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ . فَتَقُومُ الْقُرْعَةُ مَقَامَ تَعْيِينِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ ؛ فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثُلَاثًا ، كَمَا لَوْ عَيْنَاهُ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، كَانَ ^(٤) كَمَا لَوْ عَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا ، يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسُ الْعَبْدِ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكَرُ عِتْقَهُ ، وَيَصِيرُ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ حُرًّا . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَقُولَا : أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، وَلَا نَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثُلَاثًا ، إِنْ لَمْ يُجِيزَا عِتَقَ جَمِيعِهِ ، وَكَانَ الْآخَرُ رَقِيقًا .

فصل : فَإِنْ رَجَعَ الْإِنْسُ الَّذِي جَهِلَ عَيْنَ الْمُعْتَقِ ^(٥) ، فَقَالَ : قَدْ عَرَفْتُهُ . قَبْلَ الْقُرْعَةِ ، فَهُوَ ^(٣) كَمَا لَوْ عَيْنَهُ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ جَهْلٍ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقُرْعَةِ ، فَوَافَقَهَا تَعْيِينُهُ ، لَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ ، وَإِنْ خَالَفَهَا ، عَتَقَ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ثُلَاثًا بِتَعْيِينِهِ ، فَإِنْ عَيَّنَ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ ثُلَاثًا ، وَإِنْ عَيَّنَ الْآخَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ ثُلَاثًا . وَهَلْ يَبْطُلُ الْعِتَقُ فِي الَّذِي عَتَقَ بِالْقُرْعَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٩٥٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا ^(١) كَانَ لِلرَّجُلِ نِصْفُ عَبْدٍ ، وَلَا خَرَّ ثُلَاثُهُ ، وَلَا خَرَّ سُدُسُهُ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، عَتَقَ

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « العتق » .

(١) في : « وإن » .

عَلَيْهِمَا ، وَصَمْنَا حَقَّ شَرِيكِهِمَا فِيهِ نَصْفَيْنِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا ؛ لِصَاحِبِ
النَّصْفِ ثُلَاثًا ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ ثُلَاثُهُ)

وَجُمِلَتْهُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ أَكْثَرَ ، وَهُمْ
مُوسِرُونَ ، سَرَى عِتْقُهُمْ إِلَى بَاقِي الْعَبْدِ ، وَيَكُونُ الضَّمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ،
يَتَسَاوُونَ فِي ضَمَانِهِ وَوَلَائِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ
أَمْلَاكِهِمْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ حَصَلَتْ بِإِعْتِقِ
مِلْكَيْهِمَا ^(٢) ، وَمَا وَجَبَ بِسَبَبِ الْمَلِكِ / كَانَ عَلَى قَدَرِهِ ، كَالشُّفْعَةِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ .
وَلَنَا ، أَنْ عِتْقَ النَّصِيبِ إِثْلَافَ لِرُقِّ الْبَاقِي ، وَقَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ ، فَيَتَسَاوَوَانِ فِي الضَّمَانِ ، كَمَا لَوْ
جَرَحَ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا ، أَوْ أَلْقَى أَحَدُهُمَا جُرْعًا مِنْ
النَّجَاسَةِ فِي مَائِعٍ ، وَأَلْقَى الْآخَرُ جُرْعَيْنِ . وَيُفَارِقُ الشُّفْعَةَ ، فَإِنَّهَا تَبْتُئُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ
نَصِيبِ الذِي لَمْ يَبْعَ ، فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَا لِدَفْعِ ^(٣)
الضَّرَرِ مِنْهُمَا ، وَفِي الشُّفْعَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا ، وَالضَّرَرُ مِنْهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي إِدْخَالِهِ عَلَى
الشَّرِيكِ ، وَفِي الشُّفْعَةِ ضَرَرُ صَاحِبِ النَّصْفِ أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ صَاحِبِ السُّدُسِ فَاخْتَلَفَا .
وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، كَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا ؛ لِأَنَّنَا إِذَا حَكَمْنَا بِأَنَّ الثَّلَثَ مُعْتَقٌ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ ،
فَنُصِفُ الثَّلَثَ سُدُسٌ ، إِذَا ضَمَمْنَاهُ إِلَى النَّصْفِ الذِي لِأَحَدِهِمَا ^(٤) ، صَارَ ثُلَاثَيْنِ ، وَإِذَا
ضَمَمْنَا السُّدُسَ الْآخَرَ إِلَى سُدُسِ الْمُعْتَقِ ^(٥) ، صَارَ ثُلَاثًا . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَصِيرُ الْوَلَاءُ
بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا ؛ لِصَاحِبِ النَّصْفِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ رُبْعُهُ ، وَالضَّمَانُ
بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : فَأَعْتَقَاهُ مَعًا . فَلِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْحُكْمِ الذِي ذَكَرْنَاهُ اجْتِمَاعَهُمَا
فِي الْعِتْقِ ، بَحِثْ لَا يَسْبِقُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، بَأَنْ يَتَلَفَّظَ بِهِ مَعًا ، أَوْ يُوَكَّلُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ
فَيُعْتِقَهُمَا مَعًا ، أَوْ يُوَكَّلَا وَكِيلاً فَيُعْتِقَهُمَا ، أَوْ يُعْلَقَا عِتْقَهُ عَلَى شَرَطٍ فَيُوجَدُ . فَإِنْ سَبَقَ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكَيْهِ جَمِيعًا ، وَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَاءُ لَهُ

(٢) فِي ١ : « مِلْكُهُمَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « كَدَفَع » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لِأَحَدِهِمَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْعِتْقُ » .

كله . وقوله : وهما مُوسِرَانِ . شَرَطُ آخَرُ ؛ فَإِنَّ سِرَايَةَ الْعَتَقِ يُشْتَرِطُ لَهَا الْيَسَارُ ، فَإِنْ كَانَ ^(٦) أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَحَدَهُ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ جَمِيعُ نَصِيبِ مَنْ لَمْ يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّ الْمُعْسِرَ لَا يَسْرِي عِتْقَهُ ، فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُوسِرِ خَاصَّةً ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَجِدُ بَعْضَ مَا يَخْصُهُ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ ذَلِكَ الْقَدْرُ ، وَيَبْقِيهِ عَلَى الْآخَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَجِدَ صَاحِبُ السُّدُسِ قِيمَةَ نَصِيفِ السُّدُسِ ، فَيَقْوَمَ عَلَيْهِ ، وَيَقْوَمَ الرَّبْعُ عَلَى / صَاحِبِ النُّصْفِ ، ^(٧) وَيَصِيرَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا ؛ ١٧٤/١١ ط
لِصَاحِبِ السُّدُسِ رُبْعُهُ ، وَيَبْقِيهِ لِمُعْتِقِ النُّصْفِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُعْسِرًا ، قَوْمُ الْجَمِيعِ عَلَى الْآخَرِ ، فَإِذَا كَانَ مُوسِرًا بِبَعْضِهِ ، قَوْمُ الْبَاقِي عَلَى صَاحِبِ النُّصْفِ ^(٨) ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ .

١٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتِ الْأُتَمَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَأَصَابَهَا أَحَدُهُمَا وَأُحْبِلَهَا ^(١) ، أَدَبٌ ، وَلَمْ يُنْلَعْ بِهِ الْحَدُّ ، وَضَمِنَ نَصْفَ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِه ، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدْلَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، كَانَ فِي ذِمَّتِهِ نَصْفُ ^(٢) مَهْرِ مِثْلِهَا ^(٣) ، وَإِنْ لَمْ تَحْبَلْ مِنْهُ ، فَعَلَيْهِ نَصْفُ مَهْرِ مِثْلِهَا ، وَهِيَ عَلَى مِلْكِهِمَا ^(٤))

لَا تَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي تَحْرِيمِ وَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُصَادِفُ مِلْكَ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ نِكَاحٍ ، وَلَمْ يُحْلَلْ لَهُ تَعَالَى فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا نِكَاحٍ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُقْرَوْنَ بِهِمْ حَفِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ أَتَى عَلَى ذَلِكَ فَاُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ ^(١) . وَكَثُرَ أَهْلُ الْعِلْمِ لَا يُوجِبُونَ فِيهِ حَدًّا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهَا مِلْكًا ، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً دَارِئَةً لِلْحَدِّ . وَأَوْجَبَهُ أَبُو ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ؛ لِأَجْلِ كَوْنِهِ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا مِلْكٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ صَادَفَ مِلْكَهُ ، فَلَمْ يُوجِبْ بِهِ حَدٌّ ، كَوَطْءِ زَوْجَتِهِ الْحَائِضِ ، وَيُفَارِقُ مَا لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهُ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهَا ، وَلِهَذَا الْوَسْرَقُ عَيْنَالَهُ نَصْفُهَا لَمْ يَقْطَعْ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا مِلْكٌ قُطِعَ ، وَلَا

(٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) في الأصل : « أَوْ أُحْبِلَهَا » .

(٢-٢) في الأصل : « قِيمَتِهَا » .

(٣) في ١ ، ب ، م ، « مِلْكِهِمَا » .

(٤) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُعَزَّرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي حُجَّةِ أَبِي ثَوْرٍ . ثُمَّ لَا يَحْلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ لَا تَحْمِلَ مِنْهُ ، فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِهِمَا ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ وَطَّعَهَا يَطْنُهَا أَمْرَأَتُهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ مُطَاوَعَةً أَوْ مُكْرَهَةً ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ وَطْءَ جَارِيَةٍ غَيْرِهِ يُوجِبُ الْمَهْرَ وَإِنْ طَاوَعَتْ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لِسَيِّدِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أُدْبِتَ فِي قِطْعِ غُضُو مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَيَكُونُ الْوَاجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ بِقَدْرِ مِلْكِ الشَّرِيكِ فِيهَا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنَّ يُحْبِلَهَا ، وَنَضَعَ مَا يُتَبَيَّنُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ لِلوَاطِئِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ خَالِصَةً لَهُ ، وَتَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، / كَمَا تَخْرُجُ بِالْإِغْتَاقِ ؛ وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّ الْإِيلَادَ ^(٥) أَقْوَى مِنَ الْإِغْتَاقِ ، وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ نِصْفَهَا مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ ، ^(٦) كَمَا لَوْ أَخْرَجَهُ بِالْإِغْتَاقِ أَوْ الْإِثْلَافِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهَوَى ذِمَّتِهِ ^(٧) ، كَمَا لَوْ أَثْلَفَهَا ، وَالْوَلَدُ خُرٌّ يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِوَالِدِهِ ^(٨) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِي مَحَلٍّ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا ^(٩) يُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكِه إِذَا كَانَ مُعْسِرًا ، بَلْ يَصِيرُ نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَنِصْفُهَا قَنًا بَاقِيًا فِي مِلْكِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْإِخْبَالَ كَالْعِتْقِ ، وَيَجْرِي مَجْرَاهُ فِي التَّقْوِيمِ وَالسَّرَايَةِ ، فَاعْتُبِرَ فِي سِرَايَتِهِ الْيَسَارُ ، كَالْعِتْقِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَيْضًا ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَلَدَتْ ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ كُلُّهُ حُرًّا ؛ لِأَسْتِحَالَةِ انْعِقَادِ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا كَأُمِّهِ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ نِصْفَ أُمِّهِ أُمُّ وَلَدٍ ، وَنِصْفُهَا قَنٌ لَغَيْرِ الْوَاطِئِ ، فَكَانَ نِصْفُ الْوَلَدِ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، كَوَلَدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا ، وَهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِلْ انْعِقَادَ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَقَنٍّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ بَعْضَهَا أُمُّ وَلَدٍ ، فَكَانَ جَمِيعُهَا أُمُّ وَلَدٍ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا ، وَيُفَارِقُ الْإِغْتَاقَ ، فَإِنَّ الِاسْتِيلَادَ أَقْوَى ، وَهَذَا يُنْفَذُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ مِنَ الْمَرِيضِ ، وَمِنَ الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْإِغْتَاقِ بِخِلَافِهِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْإِيلَاج » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٧) فِي ب ، م : « لَوَالِدِهِ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : قال أبو الخطَّاب : وهل تُلزِمُه قِيَمَةُ الْوَلَدِ ^(١٠) وَمَهْرُ الْأُمَةِ ^(١١) ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُلْزِمُه ذَلِكَ . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُمَا ، لِأَنَّ الْأُمَةَ صَارَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ^(١٢) ، فَلَمْ يُلْزِمْهُ مَهْرُ مَمْلُوكَتِهِ ، وَلَا قِيَمَةُ وَلَدِهَا ؛ وَلَأنَّ الْوَلَدَ خُلِقَ حُرًّا ، فَلَمْ يُقَوِّمْ عَلَيْهِ وَلَدَهُ الْحُرُّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُلْزِمُه لِشَرِيكِهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، وَنِصْفُ قِيَمَةِ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ صَادَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا انْتَقَلَتْ بِالْوَطْءِ الْمَوْجِبِ لِلْمَهْرِ ، فَيَكُونُ الْوَطْءُ ^(١٣) سَبَبَ الْمِلْكِ ^(١٤) ، وَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ سَبَبِهِ ، فَيُلْزَمُ حِينَئِذٍ تَقَدُّمُ الْوَطْءِ عَلَى مِلْكِهِ ، فَيَكُونُ فِي / مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ ، وَفَعَلَهُ ذَلِكَ مَنَعَ انْخِلَاقَ الْوَلَدِ عَلَى مِلْكِهِ الشَّرِيكِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، كَوَلَدِ الْمَعْرُورِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَضَعْتَ الْوَلَدَ بَعْدَ التَّقْوِيمِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَوَقْتُ ^(١٥) الْوُجُوبِ حَالَةُ الْوَضْعِ ، وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيكِ فِيهَا وَلَا فِي وَلَدِهَا ، وَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ التَّقْوِيمِ ، فَهَلْ تُلْزِمُه قِيَمَةُ نِصْفِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ، وَاخْتَارَ أَنَّهُ تُلْزِمُه قِيَمَتُهُ .

١١/١٧٥ ط

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ ^(١٦) فِي الْأُمَةِ مِلْكٌ كَثِيرٌ أَوْ يَسِيرٌ ، وَقَدْ ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، فِيمَا إِذَا وَاطِئٌ جَارِيَةً مِنَ الْمُغْنَمِ ، أَنَّهَا تُصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا أَحْبَلَهَا ، وَإِنْ كَانَ إِثْمَالُهُ فِيهَا سَهْمٌ يَسِيرٌ مِنْ أَكْثَرٍ ^(١٧) مِنْ أَلْفِ سَهْمٍ .

١٩٥٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ (: وَإِذَا ^(١٨) مَلَكٌ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَغِيرٌ ^(١٩) الْمِيرَاثِ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ، وَكَانَ لِشَرِيكِهِ عَلَيْهِ قِيَمَةُ حَقِّهِ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا مِقْدَارُ مَا مَلَكَ ، وَإِذَا ^(٢٠) مَلَكٌ بَعْضُهُ بِالْمِيرَاثِ ، لَمْ يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا

(١٠-١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢-١٣) في ا : « سبب الملك » .

(١٣) سقطت الواو من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) في م : « كثير » .

(١٥) في م : « وإن » .

(١٦) في الأصل : « من غير » .

مِقْدَارُ^(٣) مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا)

قد ذَكَّرْنَا فيما تقدَّم^(٤) أَنَّ مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مُحَرَّمٌ ، فهو حُرٌّ ؛ لما رَوَى سَمُرَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مُحَرَّمٌ ، فهو حُرٌّ » . رواه أبو داود ، وابنُ ماجه ، والترمذى^(٥) . وَرَوَى ضَمْرَةُ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مُحَرَّمٌ ، فهو حُرٌّ »^(٦) . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ضَمْرَةَ ، فَقَالَ : ثِقَّةٌ ، إِلَّا أَنَّهُ رَوَى حَدِيثَيْنِ لَيْسَ^(٧) لهما أَصْلٌ ؛ أَحَدُهُما ، هَذَا الْحَدِيثُ . وَرَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ الْأَسْوَدِ ، عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مُحَرَّمٌ ، فهو حُرٌّ^(٨) . وقد ذَكَّرْنَا هَذَا وَمَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ فيما تقدَّم^(٩) . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ سَهْمًا مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مَا مَلَكَ مِنْهُ ، سواءَ مَلَكَه^(١٠) بَعْوَضٍ ، أَوْ بغيرِ عَوْضٍ ، كَالْهَبَةِ وَالْاِغْتِنَامِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَسواءَ مَلَكَه باختيارِهِ ،^(١١) كَالَّذِي ذَكَّرْنَاهُ^(١٢) ، أَوْ بغيرِ اختيارِهِ ، كَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَعْتَقُ بِهِ الْكُلُّ يَعْتَقُ بِهِ الْبَعْضُ ، / ١٧٦/١١
كَالْاِغْتِنَامِ بِالْقَوْلِ ، ثُمَّ يَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْرِ الْعِتْقُ ، وَاسْتَقَرَّ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اِغْتَفَقَ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يَسْرِ اِغْتِافُهُ مَعَ تَصْرِيحِهِ بِالْعِتْقِ وَقَصْدِهِ إِيَّاهُ ، فَهُنَا أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَكَانَ الْمَلِكُ باختيارِهِ ، كَالْمَلِكِ بغيرِ المِيرَاثِ ، سَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، فَعَتَقَ^(١٣) جَمِيعَ الْعَبْدِ ، وَلَزِمَهُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَهُ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَقَالَ قَوْمٌ : لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ ، سواءَ مَلَكَه بِشِرَاءٍ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَعْتَقِهِ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ عَنْ^(١٤) غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُ ، فَلَمْ

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) تقدم في : ٣٩٨/٨ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٩/٨ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ملك ذارجم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب من ملك ذارجم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .

(٩) في م زيادة : « منه » .

(١٠-١١) سقط من : الأصل .

(١١) في ا : « فيعتق » .

(١٢) في م : « من » .

يَسْرُ ، كَالْوَمْلَكَةِ بِالْمِيرَاثِ ، وَفَارَقَ مَا أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٣) فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، قَاصِدًا إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعَلَ سَبَبَ الْعِتْقِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَقَصِدًا إِلَيْهِ ، فَسَرَى ، وَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْوَوَكْلِ مَنْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَفَارَقَ الْمِيرَاثَ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ قَصْدِهِ ، وَلَا فِعْلِهِ ، وَلَآنَ مَنْ بَاشَرَ سَبَبَ السَّرَايَةِ اخْتِيَارًا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا ، فَسَرَى جُرْحُهُ ، وَلَآنَ مُبَاشَرَةً ^(١٤) مَا ^(١٥) يَسْرَى ، وَتَسَبُّبُهُ إِلَيْهِ فِي لُزُومِ حُكْمِ السَّرَايَةِ وَاحِدٌ ، بِدَلِيلِ اسْتِثْنَاءِ الْحَافِرِ وَالِدَّافِعِ فِي ضَمَانِ الْوَاقِعِ . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، لَمْ يَسْرِ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَاسْتَقَرَّ فِيهَا مَلَكَهُ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ، سَوَاءً كَانَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَسَبَّبْ إِلَى إِعْتَاقِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَسْرَى إِلَى نَصِيْبِ شَرِيْكِهِ ، إِذَا كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ ^(١٦) عَلَيْهِ بَعْضَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْوَأُصِيِّ ^(١٧) لَهُ بِهِ فَقِيلَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقَهُ ، وَلَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، وَلَمْ يَسْرِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَفَارَقَ مَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَرَثَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمَا ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْرِ فِي حَقِّ الْمُكَلَّفِ ، فَفِي حَقِّهِمَا أَوَّلَى . وَإِنْ وَهَبَ لَهَا ، أَوْ وَصَّى لَهَا بِهِ ، وَهِيَ مُعْسِرَان ، فَعَلَى وَلِيِّهِمَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ لَهَا ، بِإِعْتَاقِ قَرِيْبِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ^(١٨) يَلْحَقُ بِهِمَا . وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَبِهِمَا وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَقُومُ عَلَيْهِمَا بَاقِيَهُ إِذَا / مَلَكَ بَعْضُهُ ؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقُومُ ، وَلَا يَسْرِ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ^(١٩) ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَلَكَهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوُورِثِهِ . وَالثَّانِي ، يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ وَلِيِّهِ يَقُومُ مَقَامَ قَبُولِهِ ، فَأُشْبِهَ الْوَكِيلَ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لَيْسَ لَوَلِيِّهِ قَبُولُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، يَلْزُمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِغَيْرِ ^(٢٠) ضَرَرٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا تَلْزُمُهُ نَفَقَتُهُ . وَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « بَأْنُهُ » .

(١٤) فِي ب ، م : « مُبَاشَرَتُهُ » .

(١٥) فِي أ ، ب ، م : « لَمَّا » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « أَعْتَقَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَصَى » .

(١٨) فِي م : « ضَرَرَةٌ » .

(١٩) فِي أ : « عَلَيْهِ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

يَقْبَلُهُ . فَقَبِلَهُ ، اِحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ^(٢١) الشَّرْعُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ مَالَهُ بَعْبَرٍ . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ، وَتَكُونَ الْعَرَامَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَلْزَمَهُ هَذِهِ الْعَرَامَةُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْحَجِّ إِذَا أَحَجَّهُ^(٢٢) .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا لِيَذِي رَحِمِهِ وَأَجْنَبِيَّ صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ كُلَّهُ ، إِذَا كَانَ ذُو الرَّحِمِ^(٢٣) مُوسِرًا^(٢٤) ، وَضَمِنَ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٢٥) : لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَا^(٢٦) يَتِمُّ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي إِعْتَاكِ نَصِيْبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ بِمِلْكِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ بِاقِيهِ مَعَ يَسَارِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِشِرَائِهِ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ أُمَةٌ مُزَوَّجَةً ، وَلَهَا ابْنٌ مُوسِرٌ ، فَاشْتَرَاهَا هُوَ وَزَوْجُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ^(٢٧) ، صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْإِبْنِ مِنْ أُمِّهِ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيْبِ الزَّوْجِ ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ الْحَمْلُ عَلَيْهِمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ الزَّوْجِ وَأَخُو^(٢٨) الْإِبْنِ ، وَلَا يَجِبُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ شَيْءٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ . وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، فَوَهَبَتْ لَهَا ، أَوْ أَوْصَى لَهَا بِهَا ، فَقَبِلَهَا فِي حَالٍ^(٢٩) وَاحِدَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قَبِلَهَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَبِلَ الْإِبْنُ أَوَّلًا ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ وَحَمْلُهَا ؛^(٣٠) حِصَّتُهُ مِنَ الْأُمِّ بِالْمِلْكِ ، وَتَبِعَهَا حِصَّتُهُ مِنَ الْحَمْلِ ، وَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى الْبَاقِي^(٣١) مِنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ^(٣٢) ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِمَا لِلزَّوْجِ . وَإِنْ قَبِلَ الزَّوْجُ أَوَّلًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ الْحَمْلُ كُلُّهُ ؛^(٣٣) نَصِيْبُهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَاقِيهِ بِالسَّرَايَةِ ، وَقُومَ عَلَيْهِ^(٣٤) . ثُمَّ إِذَا قَبِلَ الْإِبْنُ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ كُلُّهَا ،

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، ب ، م : « حجه » .

(٢٣) في الأصل : « رحم » .

(٢٤) في ب ، م : « معسرا » .

(٢٥) في ب ، م : « القاضي » .

(٢٦) في ا ، ب ، م : « لم » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في ا ، م : « وأخ » .

(٢٩) في م : « حالة » .

(٣٠-٣١) سقط من : ب .

(٣١-٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

وَيَتَقَاصَانِ ، وَيُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَضْلَ عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَنْ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : إِنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْبُتُ فِيهَا ^(٣٢) بِالْمَوْتِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَبِلَهَا دُفْعَةً وَاحِدَةً .

فصل : وإذا كان لرجل نصف / عَبْدَيْنِ مُتَسَاوَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، ١٧٧/١١
فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ بِالنِّصْفِ الَّذِي
لَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، فَإِنْ أَعْتَقَ النِّصْفَ الْآخَرَ ^(٣٣) ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ لَا
يَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، وَلَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَوَّلَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، لَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ
إِنَّمَا يَنْفُذُ عَتَقَهُ فِي ثُلُثِ مَالِهِ ، ^(٣٤) وَثُلُثُ مَالِهِ ^(٣٥) هُوَ الثُّلُثُ مِنَ الْعَبْدِ الَّذِي أَعْتَقَ ^(٣٥) نِصْفَهُ ،
وإذا أَعْتَقَ ^(٣٥) الثَّانِي ، وَقَفَ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ ^(٣٥) الْأَوَّلَ فِي صِحَّتِهِ ،
وَأَعْتَقَ ^(٣٦) الثَّانِي فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يَنْفُذْ عَتَقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، فَيَمْنَعُ
صِحَّةَ عَتَقِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ^(٣٧) الْوَرِثَةُ .

فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركأله في عبد ^(٣٨) ، فَسَرَى إِلَى نَصِيبِ
الشَّرِيكِ ، وَغَرِمَ لَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ، غَرِمَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ جَمِيعِهِ . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : تَلَزَمَ هُمَا غَرَامَةُ نَصِيبِهِ ، دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا
إِلَّا بِعَتَقِ نَصِيبِهِ ، فَلَمْ تَلَزَمْ هُمَا غَرَامَةُ مَا سِوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا قَوَّتَا عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَقِيَمَةَ نَصِيبِ
شَرِيكِهِ ، فَلَزِمَ هُمَا ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ قَوَّتَاهُ بِفَعْلِهِمَا ، وَكَأَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِجُرْحٍ ، ثُمَّ سَرَى
الْجُرْحُ ، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ ، فَضَمِنَ الدَّيَّةَ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ شَهَادَتِهِمَا .

فصل : وإن شهد شاهدان على مَيِّتٍ بِعَتَقِ عَبْدٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ،

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « فِي هَذَا » .

(٣٣) فِي مِ زِيَادَةِ : « مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ » . وَهُوَ تَفْسِيرٌ .

(٣٤-٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « الْعَتَقَ » .

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : « يُجِيزُهُ » .

(٣٨) فِي مِ : « عَهْدَ » . تَحْرِيفٌ .

فَحَكَمَ حَاكِمٌ^(٣٩) بِشَهَادَتِهِمَا ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ شَهِدَ آخَرَانِ بِعِتْقِ آخَرَ ، هُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ الْأَوَّلَانِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، نَظَرْنَا فِي تَارِيخِ شَهَادَتِهِمَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ سَابِقَةً وَلَمْ تُكَذَّبِ الْوَرِثَةُ رُجُوعُهُمَا ، عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُمَا ، وَلَمْ يَغْرَمَا شَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُمَا شِرَاءُ الثَّانِي وَإِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا مَنَعَا عِتْقَهُ بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا . وَإِنْ صَدَّقُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، وَكَذَّبُوهُمَا فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعُوا^(٤٠) عَلَيْهِمَا بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَوْتَا رَقَّهُ عَلَيْهِمْ بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ؛ وَإِنْ كَانَ تَارِيخُهَا مُتَأَخِّرًا عَنِ الشَّهَادَةِ الْآخَرَى ، بَطَلَ عِتْقُ الْمَحْكُومِ^(٤١) بِعِتْقِهِ ؛ لِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْمَيِّتَ / قَدْ أَعْتَقَ ثُلُثَ مَالِهِ قَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، وَلَمْ يَغْرَمِ الشَّاهِدَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا مَا فَوْتَا شَيْئًا . وَإِنْ كَانَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، أَوْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَفْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الثَّانِي ، عَتَقَ ، وَبَطَلَ عِتْقُ الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَاقٍ عَلَى الرَّقِّ^(٤٢) . وَإِنْ خَرَجَتْ فَرْعَةُ الْأَوَّلِ ، عَتَقَ ، وَنَظَرْنَا فِي الْوَرِثَةِ ، فَإِنْ كَذَّبُوا الشَّاهِدَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعُوا عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَوْتَا رَقَّهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَإِنْ كَذَّبُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، لَمْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِمَا بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقْرُونَ بِعِتْقِ الْمَحْكُومِ بِعِتْقِهِ .

١٩٥٧ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَغْيَدٍ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ ذَبَرَهُمْ ، أَوْ ذَبَرَ أَحَدَهُمْ ، وَأَوْصَى بِعِتْقِ الْآخَرَيْنِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثُلُثِهِ إِلَّا وَاحِدٌ ؛ لَتَسَاوَى قِيَمَتُهُمْ ، أَفْرَعَ^(١) بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٢) حُرِّيَّةِ وَسَهْمِي رَقٍّ ، فَمَنْ وَقَعَ لَهُ^(٣) سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ^(٤) ، عَتَقَ دُونَ صَاحِبِيهِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ

(٣٩) فِي ١ : « الْحَاكِمُ » .

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « وَرَجَعَ » .

(٤١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « الْعِتْقُ » .

(١) فِي ب ، م : « قَرَعَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُمْ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « حُرِّيَّةٌ » .

مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، لَمْ يُجْزَ مِنْ^(٥) عَتَقَ الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، إِلَّا ثَلَاثَهُمْ^(٦) . وَلَأنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ ، أَشْبَهَ الْهَبَةَ ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، لَمْ يُجْزَ إِلَّا الثَّلَاثُ . فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، بُدِيَ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلٍ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى الثَّلَاثُ . وَإِنْ وَقَعَ الْعَتَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرْعٌ^(٧) بَيْنَهُمْ ، فَأُخْرِجَ^(٨) الثَّلَاثُ بِالْقُرْعَةِ . وَمَسْأَلَةُ الْخِرْقَى فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْعَتَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ . وَأَمَّا إِنْ دَبَّرَهُمْ ، اسْتَوَى الْمُقَدَّمُ وَالْمُؤَخَّرُ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ عَتَقَ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَالشَّرْطُ إِذَا وَجِدَ ثَبَتَ الْمَشْرُوطُ^(٩) فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَكَذَلِكَ الْمُوصَى بِعَتَقِهِ ، يَسْتَوِي هُوَ وَالتَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ عَتَقَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَعَتَى أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَغْيَدٍ مُتَسَاوِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، هُمْ جَمِيعُ مَالِهِ ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ، أَوْ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ وَوَصَّى بِعَتَقِ بَاقِيهِمْ ، وَلَمْ يُجْزَ الْوَرِثَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرْعٌ^(٧) بَيْنَهُمْ سَهْمٌ حُرِّيَّةً وَسَهْمٌ رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمٌ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ وَرَقَّ صَاحِبَاهُ . وَهَذَا / قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، ١٧٨/١١ وَأَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ جُرَيْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثُهُ ، وَيُسْتَسْنَى فِي بَاقِيهِ . وَرَوَى نَحْنُ هَذَا عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ . وَشُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْاِسْتِحْقَاقِ ، فَيَتَسَاوُونَ فِي الْاِسْتِحْقَاقِ ، كَالْوَكَاةِ كَانَ يَمْلِكُ ثَلَاثَهُمْ وَحَدَهُ ، وَهُوَ ثَلَاثُ مَالِهِ ، أَوْ كَالْوَصِيِّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِرَجُلٍ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ الْقُرْعَةَ ، وَقَالُوا : هِيَ مِنَ الْقِمَارِ وَحُكْمِ الْجَاهِلِيَّةِ . وَلَعَلَّهُمْ يَرُدُّونَ الْخَبَرَ الْوَارِدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِخِلَافَتِهِ^(١٠) قِيَاسَ الْأَصُولِ^(١١) . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ لِحَمَّادٍ ، فَقَالَ : هَذَا قَوْلُ الشَّيْخِ - يَعْنِي إِبْلِيسَ - فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ ذَكْوَانَ : وَضَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهُمُ الْمَجْنُونُ حَتَّى يُفِيَقَ - يَعْنِي إِنَّكَ^(١٢)

(٥) سقط من : ب . وفي الأصل : « لمن » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٥/٨ .

(٧) في م : « أقرع » .

(٨) في الأصل : « ويخرج » .

(٩) في ١ ، م زيادة : « به » .

(١٠) في الأصل : « لخالفته » .

(١١) في الأصل : « الأصل » . وفي ب : « للأصول » .

(١٢) في م : « إنه » .

مَجْنُونٌ - فقال له حَمَادٌ : ما دَعَاكَ إلى هذا ؟ فقال له مُحَمَّدٌ : وَأَنْتَ ، ما (١٣) دَعَاكَ إلى هذا ؟ وهذا قَلِيلٌ في جوابِ حَمَادٍ ، وكان حَرِيًّا أَنْ يُسْتَتَابَ عن هذا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا ضَرَبْتُ عُنُقَهُ (١٤) . وَلَنَا ، ما رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحُصَيْنِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أُعْتِقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، لا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سِتَّةَ أَجْزَاءٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً . وهذا نَصٌّ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ ، وَحُجَّةٌ لَنَا فِي الْأَمْرَيْنِ الْمُخْتَلِفِ فِيهِمَا ، وَهُمَا جَمْعُ (١٥) الْحَرِّيَّةِ وَاسْتِعْمَالُ (١٦) الْقُرْعَةِ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ ، رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَسَائِرُ أَصْحَابِ السُّنَنِ . وَرَوَاهُ عَنْ عِمْرَانَ (١٧) بَنِ الْحُصَيْنِ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو الْمُهَلَّبِ ، ثَلَاثَةُ أَئِمَّةٍ . وَرَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (١٨) ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عِيسَى ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ خَالِدِ الْحَذَّاءِ ، عَنْ أَبِي قَلَابَةَ ، عَنْ أَبِي زَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ (١٩) أَحْمَدُ : أَبُو زَيْدِ الْأَنْصَارِيُّ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ (٢٠) . وَلَأَنَّهُ حَقٌّ فِي تَفْرِيقِهِ ضَرَرٌ ، فَوَجِبَ جَمْعُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَقِسْمَةِ الْإِجْبَارِ إِذَا طُلِبَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ (٢١) ، وَتَطْيِيرُهُ مِنَ الْقِسْمَةِ مَا لَوْ كَانَتْ دَارَ بَيْنِ اثْنَيْنِ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثًا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثًا ، / وَفِيهَا ثَلَاثَةُ مَسَاكِينَ مُتَسَاوِيَةٍ ، لا ضَرَرَ فِي قِسْمَتِهَا ، فَطُلِبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةُ (٢٢) ، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ بَيْتٍ سَهْمًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمَانِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْخَبَرَ يُخَالِفُ (٢٣) قِيَاسَ

ظ ١٧٨/١١

(١٣) فِي م : « فَمَا » .

(١٤) هَذِهِ الْحِكَايَةُ مِمَّا يُسْتَبَعَدُ وَقُوعُهُ ، وَإِنْ ثَبِتَ فَهِيَ مِنَ النُّوَادِرِ ، فَمَرَجَعَ جَمِيعُ الْأُئِمَّةِ كِتَابَ اللَّهِ الْكَرِيمِ وَمَا صَحَّ عَنْ رَسُولِهِ الْأَمِينِ ، وَكُلِّ إِنْسَانٍ يُوْخَذُ مِنْ قَوْلِهِ وَيُتْرَكُ إِلَّا رَسُولُنَا مُحَمَّدٌ ﷺ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « جَمِيعٌ » .

(١٦) فِي ب : « وَاسْتِئَاعٌ » .

(١٧-١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ا .

(١٨) الْمُسْنَدُ ٣٤١/٥ .

(١٩) فِي الزِّيَادَةِ : « الْإِمَامُ » .

(٢٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَقْقِ الْعَبِيدِ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الثَّلَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَقْقِ . السُّنَنِ الْكُبْرَى ٢٨٦/١٠ . وَانْظُرْ : بَابَ مَا جَاءَ فِي مَنْ يَعْتَقُ مِمَّا لِيَكُهُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَوْحُدِيِّ ١٢٢/٦ .

(٢١) فِي ا ، ب ، م : « الشَّرِيكَيْنِ » .

(٢٢) فِي ب : « قِسْمَتِهَا » .

(٢٣) فِي ب : « مُخَالَفٌ » .

الأصول . نَمْنَعُ ذلك ، بل هو مُوَافِقٌ له ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقِيَاسُهُمْ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِلْكُهُ ^(٢٤) ثَلَاثَهُمْ وَحَدَهُ ، لَمْ يُمَكِّنْ جَمْعَ نَصِيبِهِ ^(٢٥) ، وَالْوَصِيَّةُ ^(٢٦) لَا ضَرَرَ فِي تَفْرِيقِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ سَلَّمْنَا مُخَالَفَتَهُ قِيَاسَ الْأَصُولِ ، فَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاجِبُ الْأَتْبَاعِ ، سَوَاءٌ ^(٢٧) وَافِقٌ الْقِيَاسِ ^(٢٧) أَوْ خَالَفَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ الْمُعْصُومِ ، الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى قَوْلَهُ حُجَّةً عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ ، وَأَمَرَنَا بِاتِّبَاعِهِ وَطَاعَتِهِ ، وَحَذَرَ الْعِقَابَ فِي مُخَالَفَةِ أَمْرِهِ ، وَجَعَلَ الْفَوْزَ فِي طَاعَتِهِ ، وَالضَّلَالَ فِي مَعْصِيَتِهِ ، وَتَطَرَّقَ الْخَطَأُ إِلَى الْقَائِسِ ^(٢٨) فِي قِيَاسِهِ ، أَغْلَبُ مِنْ تَطَرُّقِ الْعَلَطِ ^(٢٩) إِلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْأُئِمَّةِ بَعْدَهُمْ فِي رَوَايَتِهِمْ ، عَلَى أَنَّهُمْ قَدْ خَالَفُوا قِيَاسَ الْأَصُولِ بِأَحَادِيثٍ ضَعِيفَةٍ ، فَأَوْجَبُوا الْوُضُوءَ بِالنَّيِّذِ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ ، وَتَقَضُّوا الْوُضُوءَ بِالْقَهْقَرَةِ فِي الصَّلَاةِ دُونَ خَارِجِهَا ؛ وَقَوْلُهُمْ فِي مَسْأَلَتِنَا فِي مُخَالَفَةِ ^(٣٠) الْقِيَاسِ وَالْأَصُولِ ، أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ، وَالضَّرَرُ فِي مَذْهَبِهِمْ أَعْظَمُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْجَمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الثَّلَاثِ فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، لَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ حَتَّى يَحْصُلَ لِلْوَرِثَةِ مِثْلُهُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا يَعْتَقُونَ الثَّلَاثَ ، وَيَسْتَسْعُونَ الْعَبِيدَ ^(٣١) فِي الثَّلَاثِينَ ، فَلَا يَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ أَصْلًا ، وَيُجِيلُونَهُمْ عَلَى السَّعَايَةِ ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا فِي الشَّهْرِ ^(٣٢) إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمَانِ ، فَيَكُونُ هَذَا فِي حُكْمٍ مَنْ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ شَيْءٌ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُجْبِرُونَهُمْ عَلَى الْكَسْبِ وَالسَّعَايَةِ ، عَنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُمْ ، وَرَبَّمَا كَانَ الْمُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ جَارِيَةً ، فَيَحْمِلُهَا ذَلِكَ عَلَى الْبِغَاءِ ، أَوْ عَبْدًا ، فَيَسْرِقُ أَوْ يَقَطِّعُ الطَّرِيقَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَيْثُ ^(٣٣) أَفْضَلُ بَوَصِيَّتِهِ إِلَى

(٢٤) في ب : « ملكهم » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في الأصل واو العطف وحدها .

(٢٧-٢٧) في الأصل : « فارق » .

(٢٨) في أ ، ب : « القياس » .

(٢٩) في ب ، م : « الخطأ » .

(٣٠) في ب : « مخالفته » .

(٣١) في ب ، م : « العبد » .

(٣٢) في ب : « السهم » .

(٣٣) في أ : « بحيث » .

الظُّلْمَ وَالْإِضْرَارَ ، وَتَحْقِيقَ / مَا يُوجِبُ لَهُ الْعِقَابَ مِنْ رَبِّهِ ، والدُّعَاءَ عَلَيْهِ مِنْ عَبْدِهِ وَوَرَّثَهُ . وقد رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي الْحَدِيثِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي حَقِّ الَّذِي فَعَلَ هَذَا ، قَالَ : « لَوْ شَهِدْتُهُ لَمْ يُدْفَنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ »^(٣٤) . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : فِي قَوْلِ الْكُوفِيِّينَ ضُرُوبٌ مِنَ الْخَطَا وَالْاضْطِرَابِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ . وَأَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا إِنْكَارُهُمْ لِلْقُرْعَةِ^(٣٥) ، فَقَدْ جَاءَتْ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾^(٣٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾^(٣٧) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ؛ فَقَالَ أَحْمَدُ : فِي الْقُرْعَةِ خَمْسُ سُنَنِ ؛ أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ^(٣٨) . وَأَقْرَعَ فِي سِتَّةِ مَمْلُوكِينَ . وَقَالَ لِرَجُلَيْنِ : « اسْتَهَمَا »^(٣٩) . وَقَالَ : « مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْمُدَاهِنِ فِيهَا ، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ »^(٤٠) . وَقَالَ : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النَّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ ، لَاسْتَهَمُوا عَلَيْهِ »^(٤١) . وَفِي حَدِيثِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ صَفِيَّةَ جَاءَتْ بِثَوْبَيْنِ ؛ لِيُكْفَنَ فِيهِمَا حَمْرَةٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَوَجَدْنَا إِلَى جَنْبِهِ قَتِيلًا ، فَقُلْنَا : لِحَمْرَةِ ثَوْبٍ ، وَلِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٍ . فَوَجَدْنَا أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ أَوْسَعَ مِنَ الْآخَرِ ، فَأَقْرَعْنَا عَلَيْهِمَا ، ثُمَّ كَفْنَا كُلَّ وَاحِدٍ فِي الثَّوْبِ الَّذِي صَارَ لَهُ^(٤٢) . وَتَشَاحَّ النَّاسُ يَوْمَ الْقَادِسِيَّةِ فِي الْأَذَانِ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ سَعْدُ^(٤٣) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى اسْتِعْمَالِهَا فِي الْقِسْمَةِ ، وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَهُمْ خِلَافًا فِي أَنَّ الرَّجُلَ يُقْرَعُ بَيْنَ

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ .

(٣٥) في ب : « القرعة » .

(٣٦) سورة آل عمران ٤٤ .

(٣٧) سورة الصافات ١٤١ .

(٣٨) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٠/٩ .

(٣٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٥/٦ .

(٤٠) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه ، من كتاب الشركة ، وفي : باب القرعة في المشكلات ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ٢٣٧ . والترمذي ، في : باب منه حدثنا أحمد بن منيع ... من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ١٩/٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ ، ٢٧٠ .

(٤١) تقدم تخريجه ، في : ٥٤ ، ٥٣/٢ .

(٤٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٦٥/١ .

(٤٣) أخرجه البخاري ، في : باب الاستهام في الأذان ، من كتاب الأذان . صحيح البخاري ١٥٩/١ . والبيهقي ، في : باب الاستهام على الأذان ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ٤٢٨/١ .

نِسَائِهِ^(٤٤) إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ^(٤٤) بِأَحْدَاهُنَّ ، وَإِذَا أَرَادَ الْبَدَايَةَ بِالْقِسْمَةِ بَيْنَهُنَّ ، وَبَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ إِذَا تَسَاوَوْا وَتَشَاخُوفَى مَنْ^(٤٤) يَتَوَلَّى التَّزْوِيجَ^(٤٤) ، أَوْ مَنْ^(٤٥) يَتَوَلَّى اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا .

فصل : في كيفية القرعة ، قال أحمد : قال سعيد بن جبير : يُقْرَعُ بَيْنَهُم بِالْخَوَاتِيمِ . أَقْرَعَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي ثَوْبٍ ، فَأَخْرَجَ خَاتِمَ هَذَا وَخَاتِمَ هَذَا ثُمَّ قَالَ : يَخْرُجُونَ بِالْخَوَاتِيمِ ، ثُمَّ تُدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ ، فَيُخْرِجُ مِنْهَا وَاحِدًا . قال أحمد : بأي شيء خَرَجَتْ مِمَّا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ، وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ رِقَاعًا أَوْ خَوَاتِيمَ . قال أصحابنا الْمُتَأَخِّرُونَ : الْأَوَّلَى أَنْ يَقْطَعَ رِقَاعًا صَغِيرًا مُتَسَاوِيَةً ، ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ^(٤٦) يَحْضُرْ ، / أَوْ يُعْطَى عَلَيْهَا بِثَوْبٍ ، ثُمَّ يُقَالُ لَهُ : أَدْخِلْ يَدَكَ ، وَأَخْرِجْ بُنْدَقَةً^(٤٧) . فَيَفْضُهَا^(٤٨) ، وَيَعْلَمُ مَا فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَفِي كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ وَالْعَتَقِ سِتُّ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَقَ عَدَدًا مِنَ الْعَبِيدِ ، لَهُمْ ثَلَاثُ صَحِيحٍ . كَثَلَاثَةٍ أَوْ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ ، وَقِيمَتُهُمْ مُتَسَاوِيَةٌ ، وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَيَجْزَأُونَ^(٤٩) ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، جُزْءًا لِلْحُرِّيَّةِ ، وَجُزْأَيْنِ لِلرَّقِّ ، وَتُكْتَبُ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ، فِي وَاحِدَةٍ حُرِّيَّةٌ ، وَفِي اثْنَيْنِ رَقٌّ ، وَيُتْرَكُ فِي ثَلَاثَةٍ بِنَادِقٍ ، وَتُعْطَى بِثَوْبٍ ، وَيُقَالُ لِرَجُلٍ لَمْ يَحْضُرْ : أَخْرِجْ عَلَى اسْمِ هَذَا الْجُزْءِ . فَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْجُزْءَانِ الْآخَرَانِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ رَقٍّ ، رَقَّ ، وَأَخْرِجْتَ أُخْرَى عَلَى جُزْءٍ آخَرَ ، فَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الرَّقِّ ، رَقَّ ، وَعَتَقَ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِمْ . وَإِنْ شِئْتَ كَتَبْتَ اسْمَ كُلِّ جُزْءٍ فِي رُقْعَةٍ ، ثُمَّ أَخْرِجْتَ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْرَجْتَ^(٥٠) رُقْعَةً^(٥١) عَلَى الْحُرِّيَّةِ^(٥١) . عَتَقَ الْمُسَمَّنُونَ فِيهَا ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ أَخْرَجْتَ^(٥٠) رُقْعَةً عَلَى الرَّقِّ ، رَقَّ الْمُسَمَّنُونَ فِيهَا ، ثُمَّ تُخْرِجُ أُخْرَى

(٤٤-٤٤) سقط من : الأصل . وفي في الموضوع الثاني : « يتولى النكاح » .

(٤٥) سقط من : أ .

(٤٦) سقط من : ب .

(٤٧) في ب ، م : « بندقية » .

(٤٨) في م : « فيفضها » .

(٤٩) في ب ، م : « فيخرجون » .

(٥٠) في أ ، ب ، م : « خرجت » .

(٥١-٥١) سقط من : الأصل ، ب .

على الرُّقِّ ، فَيَرِقُّ المُسَمَّنُونَ فِيهَا ، وَيَعْتَقُ الْجُزْءُ الثَّلَاثُ ، وَإِنْ أُخْرِجَتْ الثَّانِيَّةُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ المُسَمَّنُونَ فِيهَا ، وَرَقَّ^(٥٢) الثَّلَاثُ . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنْ تُمَكِّنَ قِسْمَتُهُمْ أَثْلَانًا ، وَقِيمَتُهُمْ^(٥٣) مُخْتَلِفَةٌ ، يُمَكِّنُ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ ، كَسِيتَ : قِيَمَةُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ^(٥٤) ثَلَاثَةُ آلَافٍ^(٥٤) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ الْفَانِ الْفَانِ^(٥٥) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفُ أَلْفٍ ، فَيَجْعَلُ الْاِثْنَيْنِ الْأَوْسَطَيْنِ جُزْءًا^(٥٦) ، وَيَجْعَلُ اثْنَيْنِ قِيَمَةً أَحَدَهُمَا ثَلَاثَةُ آلَافٍ مَعَ آخَرِ قِيَمَتُهُ أَلْفُ جُزْءًا ، وَالْآخَرَانِ جُزْءًا^(٥٧) ، فَيَكُونُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، عَلَى مَا قَدَّمَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . قِيلَ لِأَحْمَدَ : لَمْ^(٥٨) يَسْتَوْوَا فِي الْقِيَمَةِ ؟ قَالَ : يُقَوِّمُونَ بِالثَمَنِ . الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ ، يَكُونُونَ مُتَسَاوِينَ فِي الْعَدَدِ مُخْتَلِفِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ بَيْنَ تَعْدِيلِهِمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ مَعًا ، وَلَكِنْ يُمَكِّنُ تَعْدِيلُهُمْ بِكُلِّ^(٥٩) وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا ، كَسِيتَ / أُعِيدَ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةِ أَلْفٍ ، فَإِنَّهُمْ يُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِثْلَ اثْنَيْنِ ، قَوْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعَتَقُ فِي أَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَا أَقَلِّ ، وَفِي قِسْمَتِهِمْ بِالْعَدَدِ تَكَرَّرَ الْقُرْعَةُ ، وَتَبْعِيضُ الْعَتَقِ حَتَّى يَكْمُلَ الثَّلَاثُ ، فَكَانَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ أَوْلَى . بَيَّانُ ذَلِكَ ، أَنَّنَا لَوَجَعَلْنَا مَعَ^(٦٠) الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ آخَرَ ، فَخَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ لِهَما ، احْتَجَبْنَا أَنْ نُعِيدَ الْقُرْعَةَ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتْ عَلَى الْقَلِيلِ الْقِيَمَةِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ^(٦١) مِنَ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ تَمَامُ الثَّلَاثِ . وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى اثْنَيْنِ ، قِيَمَتُهُمَا دُونَ الثَّلَاثِ ، عَتَقَا ، ثُمَّ أُعِيدَتْ^(٦٢) لَتَكْمِيلِ

١٨٠/١١

(٥٢) فِي م : « دُونَ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَفِيَمَتِهِمْ » .

(٥٤-٥٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٦) فِي الْأَصْلِ : « جُزْءُ جُزْءٍ » .

(٥٧) فِي النِّسْخِ : « جُزْءٌ » .

(٥٨) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٥٩) فِي أ : « كُلٌّ » .

(٦٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : ب ، وَفِي م : « وَأَعْتَقَ » .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَتْ » .

الثُلُثِ ، فإذا وَقَعَتْ على واحدٍ ، كَمَلَتِ الحُرِّيَّةُ منه ، فَحَصَلَ ما ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّبَعِضِ والتَّكْرَارِ ، ولأنَّ قِسْمَتَهُم بين المشتركين فيهم^(٦٣) ،^(٦٤) إِنَّمَا يُعَدَّلُونَ فيها بِالْقِيَمَةِ^(٦٥) دون الأجزاء ، فعلى هذا يُجْعَلُ الذِي قِيَمَتُهُ أَلْفُ جُزْءٍ ، والاثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفُ جُزْءٍ ، والثلاثة الباقيين جُزْءًا ، ثم يُقَرَّعُ بَيْنَهُم ، على ما ذَكَرْنَا . المسألة الرابعة ، أَمَكْنَ تَعْدِيلُهُم بِالْقِيَمَةِ دونَ العَدَدِ ، كسَبْعَةِ قِيَمَةٍ أَحَدُهُم^(٦٥) أَلْفٌ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةُ أَرْبَعَةٍ أَلْفٌ ، فَيُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دونَ العَدَدِ ، كما ذَكَرْنَا . المسألة الخامسة ، أَمَكْنَ تَعْدِيلُهُم بِالْعَدَدِ دونَ الْقِيَمَةِ ، كسِتَّةِ أَعْبُدَ ، قِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ سَبْعُمَائَةٍ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ خَمْسُمَائَةٍ ، فَهَهُنَا يُجَزَّزُهُم بِالْعَدَدِ ؛ لِتَعْدِيرِ تَجْزِئَتِهِم بِالْقِيَمَةِ ، فَيَجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، وَيَضُمُّ كُلُّ وَاحِدٍ مَمَّنْ قِيَمَتُهُمَا قَلِيلَةٌ إِلَى وَاحِدٍ مَمَّنْ قِيَمَتُهُمَا كَثِيرَةٌ ، وَيَجْعَلُ الْمُتَوَسِّطَيْنِ جُزْءًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُم ، فَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على جُزْءٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ^(٦٤) تَقَعُ لَهُ^(٦٤) قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ تَيْمَمَةٌ^(٦٦) الثُّلُثِ ، وَرَقٌّ بَاقِيهِ وَالْبَاقُونَ ، وَإِنْ وَقَعَتِ الحُرِّيَّةُ على جُزْءٍ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَا جَمِيعًا ، ثُمَّ يَكْمَلُ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِينَ بِالْقُرْعَةِ . المسألة / السادسة ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعْدِيلُهُم بِالْعَدَدِ وَلَا الْقِيَمَةِ ،^{١٨٠/١١} كخَمْسَةِ أَعْبُدَ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِم أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، احْتَمَلَ أَنْ يُجَزَّزَهُم ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ، فَيَجْعَلُ أَحَدَهُم^(٦٧) أَكْثَرَهُم قِيَمَةً^(٦٨) جُزْءًا ، وَيَضُمُّ إِلَى الثَّانِي^(٦٩) أَقَلَّ الْبَاقَيْنِ قِيَمَةً ، وَيَجْعَلُهُمَا جُزْءًا وَالْبَاقَيْنِ جُزْءًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُم بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رَقٍّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَقْرَبُ إِلَى مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَيُعَدَّلُ الثُّلُثُ بِالْقِيَمَةِ على ما تَقَدَّمَ ، واحْتَمَلَ أَنْ لَا يُجَزَّزَهُم ، بَلْ تُخْرَجُ الْقُرْعَةُ على وَاحِدٍ وَاحِدٍ^(٧٠) ، حَتَّى يَسْتَوْفَى الثُّلُثَ ، فَيَكْتَبَ خَمْسَ

(٦٣) في الأصل : « فيهما » .

(٦٤) - (٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٥) في أ : « واحد » .

(٦٦) في أ : « قيمة » .

(٦٧) في ب : « قيمة » .

(٦٨) سقط من : ب .

(٦٩) في م زيادة : « كثير القيمة » .

(٧٠) سقط من : ب . وفي ا زيادة : « واحد » .

رِقَاعَ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجُ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الثانيةَ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ مِنْهُ تَمَامُ الثُّلُثِ . وَإِنْ كَانُوا ثَمَانِيَةً قِيمَتُهُمْ سَوَاءً ، ففِيهِمْ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكْتُبَ ثَمَانِيَةَ رِقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجَ عَلَى الْحُرِّيَّةِ رُقْعَةً بَعْدَ أُخْرَى ، حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثُّلُثَ . وَالثَّانِي ، أَنْ يُجَزِّتَهُمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءَ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَثَلَاثَةِ رِقَاقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ السِّتَةِ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، أُعِيدَتْ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ كَمَلَ الثُّلُثُ مِنْهُ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يُجَزِّتَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، ثَلَاثَةً وَثَلَاثَةً وَاثْنَانِ ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ لِلْإِثْنَيْنِ عَتَقَا ، وَكَمَلَ الثُّلُثُ بِالْقُرْعَةِ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لثَلَاثَةٍ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٧١) حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ^(٧٢) . ذَكَرَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْآخَرَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي خَمْسَةِ أَوْ أَرْبَعَةٍ ، يَجْعَلُ أَكْثَرَهُمْ قِيمَةً مَكَانَ اثْنَيْنِ ، إِنْ كَانَا^(٧٣) قِيمَتَهُ ، وَإِلَّا أَقْرَعَ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ قِيمَتُهُمْ وَاحِدَةً ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الذِي بَقِيَ وَالذِي تُصِيبُهُ الْقُرْعَةُ ، يَنْظُرُ مَا بَقِيَ مِنْ قِيمَتِهِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَيَعْتِقُ^(٧٤) بَحْصَتِهِ^(٧٥) ؛ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ مَالِهِ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِ رِقَاقٍ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ^(٧٥) لِلْمُعْتَقِ مَالٌ^(٧٥) غَيْرَ الْعَبِيدِ^(٧٦) ، مِثْلًا قِيمَةِ الْعَبِيدِ أَوْ أَكْثَرُ ، عَتَقَ الْعَبِيدُ كُلَّهُمْ ،^(٧٧) بِخُرُوجِهِمْ كُلَّهُمْ^(٧٧) / مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ مِثْلِيهِمْ ، عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ^(٧٦) قَدْرُ ثُلُثِ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبِيدُ^(٧٨) نِصْفَ الْمَالِ ، عَتَقَ ثُلُثَاهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا^(٧٩) ثَلَاثِي الْمَالِ ، عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِمْ^(٨٠) ،

١٨١/١١

(٧١-٧٢) في ١ : « رِقَاقٍ وَسَهْمِي حُرِّيَّةٍ » .

(٧٢) في الأصل ، ١ ، ب : « كَانَتْ » .

(٧٣) في الأصل : « فَيَعْتِقُ » .

(٧٤) في ب ، م : « حَصَّتْ » .

(٧٥-٧٥) في الأصل : « الْمُعْتَقِ مَالَهُ » .

(٧٦) في الأصل ، م : « الْعَبْدُ » .

(٧٧-٧٧) في ١ ، ب ، م : « لَخُرُوجِهِمْ » .

(٧٨) في م زيادة : « كُلَّهُمْ » .

(٧٩) في م : « كَانَا » .

(٨٠) في ١ : « أَتْسَاعِهِمْ » .

وَطَرِيقُهُ أَنْ تَضْرِبَ قِيَمَةُ الْعَبِيدِ ^(٨١) فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تُنْسَبُ إِلَيْهِ مَبْلَغُ التَّرِكَةِ ، فَمَا خَرَجَ بِالنَّسْبَةِ عَنَّقَ مِنَ الْعَبِيدِ مِثْلُهَا ، فَإِذَا كَانَ قِيَمَةُ الْعَبِيدِ ^(٨١) أَلْفًا ، وَبَاقِي التَّرِكَةِ أَلْفٌ ، ضَرَبْتَ قِيَمَةَ الْعَبِيدِ ^(٨١) فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، ثُمَّ تُنْسَبُ إِلَيْهَا الْأَلْفَيْنِ ، تَكُنْ ثُلُثِيهَا ، فَيَعْتَقُ ثُلَاثَاهُمْ . وَإِنْ كَانَ قِيَمَةُ الْعَبِيدِ ^(٨١) ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، وَبَاقِي التَّرِكَةِ أَلْفٌ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُمْ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةُ آلَافٍ ، وَتُنْسَبُ إِلَيْهَا التَّرِكَةُ كُلُّهَا ، تَكُنْ أَرْبَعَةُ أَسْعَافِهَا . وَإِنْ كَانَ قِيَمَتُهُمْ أَرْبَعَةَ آلَافٍ ، وَبَاقِي التَّرِكَةِ أَلْفٌ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُمْ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ اثْنَى عَشَرَ أَلْفًا ، وَنُسِبْتَ إِلَيْهَا خَمْسَةَ آلَافٍ ، تَكُنْ رُبْعُهَا وَسُدُسُهَا ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبِيدِ رُبْعَهُمْ وَسُدُسَهُمْ .

فصل : وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ ذَيْنَ يُحِيطُ بِالتَّرِكَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُمْ شَيْءٌ . وَإِنْ كَانَ يُحِيطُ بِيَعُضُهَا ، قَدَّمَ الدَّيْنَ ؛ لِأَنَّ الْعِنَقَ وَصِيَّةً ، وَقَدْ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(٨٢) . وَلَئِنْ قَضَاءُ الدَّيْنِ وَاجِبٌ ، وَهَذَا تَبَرُّعٌ ، وَتَقْدِيمُ الْوَاجِبِ مُتَعَيِّنٌ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ نِصْفِ الْعَبِيدِ ، جُعِلُوا جُزْأَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ ^(٨٣) ، وَكُتِبَتْ رُقْعَتَانِ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلتَّرِكَةِ ، وَتُخْرَجُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا عَلَى أَحَدِ الْجُزْأَيْنِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الدَّيْنِ بِيَعٍ فِيهِ ، وَكَانَ الْبَاقِي مِنْ ^(٨٤) جَمِيعِ التَّرِكَةِ يَعْتَقُ ثُلُثَهُمْ بِالْفَرْعَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ ثُلُثِهِمْ ^(٨٥) ، كُتِبَتْ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَاثْنَتَانِ لِلتَّرِكَةِ . وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ رُبْعِهِمْ ، كُتِبَ أَرْبَعُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَثَلَاثَةٌ لِلتَّرِكَةِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ رِقَاعُ التَّرِكَةِ . وَإِنْ كُتِبَ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلْحُرِّيَّةِ ، وَرُقْعَتَانِ لِلتَّرِكَةِ ، جَازَ . وَقِيلَ : لَا / ١٨١/١١ ط

يَجُوزُ ؛ لِثَلَاثِ تَخْرُجُ رُقْعَةُ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ . ^(٨٦) وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مِنَ الْعِنَقِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ ^(٨٦) إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وِفَاءٌ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ وِفَاءٌ ، لَمْ يُمْنَعُ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ كَانَ الْعِنَقُ فِي أَقَلِّ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي بَعْدَ وِفَاءِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الْعِنَقِ قَبْلَ وِفَائِهِ ^(٨٧) .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ثَلَاثَةٌ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ ، أَوْ وَاحِدًا مِنْهُمْ غَيْرَ

(٨١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْعَبْد » .

(٨٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٩٠/٨ .

(٨٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٨٤) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٨٥) فِي الْأَصْلِ : « ثَلَاثَةٌ » .

(٨٦-٨٧) سَقَطَ مِنْ : أ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨٧) فِي الْأَصْلِ : « وَفَاتِهِمْ » .

مُعِين^(٨٨) ، فمات أحدهم ، أفرغنا بين المَيِّت والأَحْيَاءِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَسْبُنَاهُ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَقَوْمُنَاهُ حِينَ الْإِعْتِقِ ، سَوَاءٌ مَاتَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَفْرَغْنَا بَيْنَ الْحَيِّينِ^(٩٠) ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، وَهَذَا لَا يَعْتَقُ إِلَّا ثُلُثُهُمَا ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْمَيِّتُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْسُوبٍ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَهَذَا^(٩١) لَوْ أَعْتَقَ الْحَيِّينَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَيِّتَ أَحَدُ الْمُعْتَقِينَ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ ، وَلَئِنْ الْمَقْصُودُ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ، وَحُصُولُ ثَوَابِ الْعِتْقِ ، وَيَحْصُلُ هَذَا فِي الْمَيِّتِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ الْقُرْعَةُ عَلَى الْحَيِّ ، نَظَرْنَا فِي الْحَيِّ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ^(٩٢) ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ قَبْضِ الْوَارِثِ لَهُ ، لَمْ نَحْسِبْهُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْوَارِثِ ، فَتَكُونُ التَّرَكَةُ الْحَيِّينِ^(٩٣) ، فَيُخْرَجُ ثُلُثُهُمَا مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ^(٩٤) حِينَ الْإِعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِثْلَافِ^(٩٥) ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ التَّرَكَةِ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ إِلَى حِينَ قَبْضِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فَائِدَةٌ تَجَدَّدَتْ عَلَى مَلِكِ الْوَارِثِ ، فَلَا تُحْسَبُ عَلَيْهِ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَالتَّقْصَانُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ ، فَأُشْبِهَ الشَّارِدَ وَالْآبِقَ ، وَإِنَّمَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ مَا حَصَلَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يُحْسَبُ الْمَيِّتُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا وَصَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ فَيُكْمَلُ ثُلُثُ الْحَيِّينِ^(٩٦) مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ قَبْضِ الْوَرَثَةِ ، حُسِبَ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِمْ ، وَجَعَلْنَاهُ كَالْحَيِّ ، فِي تَقْوِيمِهِ مَعَهُمْ ، وَالْحُكْمُ بِإِعْتِاقِهِ إِنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، أَوْ مِنَ الثَّلَاثِينَ إِنْ وَقَعَتْ الْقُرْعَةُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَتُحْسَبُ قِيمَتُهُ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ مَوْتِ سَيِّدِهِ إِلَى حِينَ قَبْضِهِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ .

١٨٢/١١

(٨٨) في الأصل : « متعين » .

(٨٩) سقط من : ١ .

(٩٠) في الأصل : « الجزئين » .

(٩١) في م : « ولأنه » .

(٩٢) في الأصل : « سيده » .

(٩٣) في الأصل : « للجزئين » .

(٩٤) في الأصل : « قيمتهم » .

(٩٥) في ١ ، ب ، م : « إثلافة » .

فصل : وإن^(٩٦) دَبَّرَ الثَّلَاثَةَ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِمْ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، وَالْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَأُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيَيْنِ^(٩٧) ، فَأُعْتِقَ مِنْ أَحَدِهِمَا ثُلُثُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُمَكِّنُ الْحُكْمَ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ فِيهِ ؛ لَكَوْنِهِ مَاتَ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَعْتَقُ فِيهِ ، وَقَبْلَ أَنْ يَتَحَقَّقَ شَرْطُ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا ؛ فَإِنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ^(٩٨) مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ تُبَيِّنُهُ وَتُكْشِفُهُ ، وَلِهَذَا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ^(٩٩) مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ ، حَتَّى يَكُونَ كَسْبُهُ لَهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَحْيَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَصَلَ الْعِتْقُ مِنْ حِينِ مَوْتِ السَّيِّدِ .

١٩٥٨ - مسألة : قال : (وَلَوْ قَالَ لَهُمْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّكُمْ حُرٌّ . وَمَاتَ ، فَكَذَلِكَ)

أَمَّا إِذَا قَالَ لَهُمْ : كُلُّكُمْ حُرٌّ . فَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، وَشَرَحْنَاهَا . وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . فَإِنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ ، فَيُخْرِجُ أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ فَيُعْتَقُ ، وَيَرِثُ الْبَاقُونَ ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمْ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، إِذَا كَانَ يُخْرِجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْ مِنْ^(١) الثَّلَاثِ الْمَالِ^(٢) ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ حَيًّا ، وَلَمْ يَبْنُو وَاحِدًا بَعِيْنَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّعْيِينُ ، وَأُعْتِقَ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ وَاحِدًا مِنْهُمْ^(٣) بَعِيْنَهُ .^(٤) قَبْلَ مِنْهُ^(٥) ، وَتَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ تَعْيِينُ أَحَدِهِمْ ، فَيُعْتَقُ مِنْ عَيْنِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَوَاهِ حَالَةَ الْقَوْلِ ، وَيُطَالَبُ الْمُعْتَقُ بِالتَّعْيِينِ ، فَإِذَا عَيَّنَ^(٦) أَحَدَهُمْ تَعَيَّنَ^(٧) اخْتِيَارُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَائِرِ الْعَبِيدِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَعْيِينَ الْعِتْقِ ابْتِدَاءً ، فَإِذَا أَوْفَقَهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، كَانَ لَهُ تَعْيِينُهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّ مُسْتَحَقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ^(٨) ، فَلَمْ يَمْلِكْ / ١٨٢/١١ ظ

(٩٦) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

(٩٧) فِي الْأَصْلِ : « الْجَزَائِنِ » .

(٩٨-٩٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١-١) فِي م : « الثَّلَاثِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣-٣) فِي الْأَصْلِ : « قَبْلَ مِنْهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « تَعَيَّنَ » . وَفِي م بَعْدَ ذَلِكَ زِيَادَةٌ : « حَسَبَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « مُتَعَيَّنَ » .

تَعْيِينِهِ ، كما لو أَعْتَقَ الجميعَ في مَرَضِهِ ولم يَخْرُجُوا من التَّلْثِ ، وكما لو أَعْتَقَ مُعَيَّنًا ثم نَسِيَهُ ، وَالطَّلَاقُ كِمَسَّائِلِنَا . فَأَمَّا إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ وَلَمْ يُعَيَّنْ ، فَالْحُكْمُ عِنْدَنَا لَا يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لِلْوَرِثَةِ التَّعْيِينُ ، بَلْ يُخْرَجُ الْمُعْتَقُ ^(٧) بِالْقُرْعَةِ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا إِذَا قَالُوا : لَا نَذَرِي أَيَّهِمْ أَعْتَقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُمُ التَّعْيِينُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِي الْعِتْقِ ^(٨) .

فصل ^(٩) : وَلَوْ أَعْتَقَ إِحْدَى إِمَائِهِ ، ثُمَّ وَطِئَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَتَّعِنِ الرُّقُّ فِيهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَّعِنُ الرُّقُّ فِيهَا . لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ عِنْدَهُ تَتَّعِنُ بِتَعْيِينِهِ ، وَوَطْؤُهُ دَلِيلٌ عَلَى تَعْيِينِهِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ . وَلِأَنَّ الْمُعْتَقَةَ وَاحِدَةً ، فَلَمْ تَتَّعِنِ بِالْوَطْءِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدَةً ثُمَّ نَسِيَهَا .

فصل : وَإِنْ ^(١٠) أَعْتَقَ وَاحِدًا بَعِيْنَهُ ، وَنَسِيَهُ ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنْ يَعْتَقَ أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ اللَّيْثِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَذْكَرَ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَّبِينَ ، أَقْرَعَ الْوَرِثَةُ ^(١١) بَيْنَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْتَقُونَ كُلَّهُمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِهَوَامَاتٍ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ ^(١٢) ، فَكَانُوا ثَلَاثَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ ثُلُثِهِمْ ، وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ رُبْعِ قِيَمَتِهِمْ . وَعَلَى هَذَا ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ ، أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ حَتَّى تَكْمُلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ قَالَ الشُّهُودُ : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبِيدِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّ . عَتَقَ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَسَعَى فِي بَاقِيهِ ، أَوْ رُبْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَإِنْ قَالُوا : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبِيدِهِ ، وَنَسِيَنَاهُ . فَشَهَادَتُهُمْ بَاطِلَةٌ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَلَمْ يَذْكَرَا مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ مُسْتَحِقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ^(١٣) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ فِي

(٧) فِي ١ : « الْعِتْقُ » .

(٨) فِي ب ، م : « الْمُعْتَقُ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) فِي ب : « وَلَوْ » . وَفِي م : « وَإِذَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَتَّبِينَ » .

(١٣) فِي م : « مُبَيَّنٌ » .

مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَإِنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَخَرَجَتِ الْفُرْعَةُ لَوَاحِدٍ ، ثُمَّ قَالَ الْمُعْتَقُ : ذَكَرْتُ أَنَّ الْمُعْتَقَ^(١٤) غَيْرُهُ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ الْأَوَّلُ / إِلَى الرَّقِّ ، وَيَعْتَقُ الذِّي عَيْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لَهُ الْمُعْتَقُ ، فَأَنْعَقَ^(١٥) دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَمْ يُقَرَّغْ . وَالثَّانِي ، يَعْتَقَانِ مَعًا . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ثَبَتَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ بِالْفُرْعَةِ ، فَلَا تَزُولُ ، كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ الْمُعْتَقِ : ذَكَرْتُ مَنْ كُنْتُ نَسَبِيَّتُهُ . يَتَضَمَّنُ إِقْرَارًا عَلَيْهِ بِحُرِّيَّةِ مَنْ ذَكَرَهُ ، وَإِقْرَارًا عَلَيْهِ غَيْرِهِ ، فَقُبِلَ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ عَلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُقَرَّغْ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، فَيَعْتَقُ مَنْ عَيْنُهُ ، وَيَرْقُ غَيْرُهُ ، فَإِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا . عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا ، لَا بَلْ هَذَا . عَتَقَا^(١٦) جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِعَتَقِ الْأَوَّلِ فَلَزِمَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِعَتَقِ الثَّانِي فَلَزِمَهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي إِقْرَارِ الْوَارِثِ .

١٩٥٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَلَكَ نِصْفَ عَبْدٍ ، فَدَبَّرَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَعَتَقَ^(١) بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفِي بِقِيَمَةِ نِصْفِهِ^(٢)) الَّذِي لِشَرِيكِهِ ، أُعْطِيَ ، وَكَانَ كُلُّهُ حُرًّا . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ وَإِنْ حَمَلَ ثُلُثُ مَالِهِ^(٣) قِيَمَةَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَلَمْ يَفِ ثُلُثُ مَالِهِ بِقِيَمَةِ نِصْبِ الشَّرِيكِ ، لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيبُهُ . بِإِخْلَافِ تَعْلَمُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا قَوْلًا شَاذًّا ، أَوْ قَوْلَ مَنْ يَرَى السَّعَايَةَ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا الثُّلُثُ الَّذِي اسْتَعْرِفَتْهُ قِيَمَةُ الشَّقْصِ^(٤) ، فَيَبْقَى مُعْسِرًا ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ شِقْصًا

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « الْعَتَقَ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي م : « فَعَتَقَ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَتَقَ » .

(١) فِي أ : « فَيَعْتَقُ » . وَفِي ب : « يَعْتَقُ » .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « النِّصْفَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْبَعْضُ » .

وهو مُعْسِرٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفْقَى بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَسْرَى إِلَى تَصْيِبِ الشَّرِيكِ ، فَيَعْتَقُ الْعَبْدَ جَمِيعُهُ ، وَيُعْطَى الشَّرِيكُ قِيَمَةَ تَصْيِبِهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْمَالِ لِلْمُعْتَقِ الْمَلِكِ^(٥) فِيهِ تَأْمٌ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالتَّبَرُّعِ وَالْإِعْتَاقِ وَغَيْرِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى مَالِ الصَّحِيحِ ، فَيَسْرَى عَتَقُهُ ، كَسِرَايَةِ عَتَقِ الصَّحِيحِ الْمُوسِرِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَوْتِهِ يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، فَلَا يَبْقَى شَيْءٌ يُقْضَى مِنْهُ / ١٨٣/١١

الشَّرِيكُ . وَهَذَا قَالِ الْأَوْزَاعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُضَارُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتُهُ سَرَى ، وَمَا دَبَّرَهُ أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ لَمْ يَسْرَ . وَقَالَ : الرَّوَايَةُ فِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ حَالِ الْحَيَاةِ أَصَحُّ ، وَالرَّوَايَةُ فِي وَقُوفِهِ فِي التَّذْيِيرِ أَصَحُّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ^(٦) فِي الْحَيَاةِ يَنْفُذُ فِي حَالِ مِلْكِ الْمُعْتَقِ^(٧) وَصِحَّةِ تَصَرُّفِهِ ، وَتَصَرُّفُهُ فِي ثُلْثِهِ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، وَأَمَّا التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ ، فَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَتَقُ بِهِ فِي حَالِ يَزُولُ مِلْكُ الْمُعْتَقِ وَتَصَرُّفَاتُهُ : وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٦٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضُهُ ، وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّهُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَنِصْفُ عَبْدِي حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ كَانَ النِّصْفُ^(١) الْمُدَبَّرُ ثُلُثَ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ لَمْ يَعْتَقِ مِنْهُ إِلَّا ثُلْثَهُ ، فَإِذَا لَمْ يُدَبَّرْ إِلَّا ثُلْثُهُ كَانَ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَفِي تَكْمِيلِ الْحُرِّيَةِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُكْمَلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ يَرَوْنَ التَّذْيِيرَ كَالْإِعْتَاقِ فِي السَّرَايَةِ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ لِبَعْضِ عَبْدِهِ ، فَعَتَقَ^(٢) جَمِيعُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فِي حَيَاتِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُكْمَلُ^(٣) الْعَتَقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ ، فَلَا يَسْرَى ، كَتَعْلِيلِهِ بِالصَّفَةِ .

(٥) فِي ب ، م : « وَالْمَلِكُ » .

(٦) فِي م : « مُعْتَقٌ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْعَتَقُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي أ ، ب : « فَيَعْتَقُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « يَكُونُ » .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عِبْدِهِ فِي مَرَضِهِ ، فَهُوَ كَعِتْقِ ^(٤) جَمِيعِهِ ، إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ^(٥) جَمِيعُهُ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ فِي الْمَرَضِ كَالْإِعْتَاقِ فِي الصَّحَّةِ ، إِلَّا فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثُّلُثِ ، وَتَصَرُّفِ الْمَرِيضِ فِي ثُلُثِهِ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ ، كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، ^(٦) كَمَا لَوْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ فِي عَبْدٍ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ^(٧) . وَعَنْهُ ، لَا يَغْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ ^(٨) .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْحَالِ لِشَرِيكِهِ شَيْءٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ الْجُزْءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ، إِذَا خَرَجَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ . وَفِي / ١١ / ١٨٤ و سِرَّائِهِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ^(٩) . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ ، تَقَاوَمَاهُ ، فَإِنْ صَارَ لِلْمُدَبِّرِ ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ ، وَإِنْ صَارَ لِلْآخَرِ ، صَارَ ^(١٠) رَقِيقًا كُلَّهُ . وَقَالَ اللَّيْثُ : يَغْرُمُ الْمُدَبِّرُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَيَصِيرُ الْعَبْدُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، فَإِذَا أَذَاهَا ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ لِلشَّرِيكِ قِيمَةَ حَقِّهِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، وَيَصِيرُ الْمُدَبِّرُ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ ؛ إِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ ، فَصَحَّ فِي نَصِيبِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ بِمَوْتِ شَرِيكِهِ .

١٩٦١ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، بَعَثْنَاهُمْ فِي دِينِهِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا أَعْتَقَ عَبِيدَهُ فِي الْمَرَضِ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِمْ ،

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَعْتَقَهُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَعْتَقَ » .

(٦-٦) جَاءَ هَذَا فِي ابْعَدُ قَوْلَهُ : « بِقَدْرِ الثُّلُثِ » . السَّابِقُ .

(٧) فِي م : « وَقَبْلَهَا » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ١ .

ومات^(١)، وهم يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلَاثِهِ فِي الظَّاهِرِ، فَأَعْتَقْنَا هُمْ، ثُمَّ مَاتَ عَلَيْهِ^(٢) دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ التَّرِكَةَ، تَبَيَّنَا بَطْلَانَ عِتْقِهِمْ، وَبَقَاءَ رَقَبِهِمْ، فُيَاءُ عُونَ فِي الدَّيْنِ، وَيَكُونُ عِتْقُهُمْ وَصِيَّةً، وَالدَّيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ؛ وَهَذَا قَالَ عَلِيُّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ^(٣). وَلَأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ بِالِاتِّفَاقِ، وَهَذَا تَبَاغُ التَّرِكَةِ^(٤) فِي قَضَاءِ^(٥) الدَّيْنِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَارٌ﴾^(٦). وَالْمِيرَاثُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي الثَّلَاثِينَ، فَمَا تَقَدَّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ، يَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى الْوَصِيَّةِ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَرَدَّ ابْنُ أَبِي لَيْلَى عَبْدًا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ. قَالَ أَحْمَدُ: أَحْسَنَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى. وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ، عَنْ أَحْمَدَ، رَوَايَةً فِي الَّذِي يُعْتَقُ عَبْدُهُ فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي. وَقَالَ قَتَادَةُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَإِسْحَاقُ: يَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ. وَلَنَا، أَنَّهُ تَبَرَّعَ^(٧) فِي مَرَضِ مَوْتِهِ / بِمَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، كَالْهَبَةِ، وَلَأنَّهُ مُعْتَبَرٌ^(٨) مِنَ الثَّلَاثِ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، كَالْوَصِيَّةِ، وَخَفَاءُ الدَّيْنِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ، وَهَذَا يَمْلِكُ الْغَرِيمُ اسْتِيفَاءَهُ. فَعَلَى هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ وَقَدْ اسْتَحَقَّهُمُ الْغَرِيمُ بِدَيْنِهِ، فَلَمْ يَنْفِذْ عِتْقَهُ، كَالْوَأْتَقِ مَلِكٌ غَيْرِهِ. فَإِنْ قَالَ الْوَرِثَةُ: نَحْنُ نَقْضِي الدَّيْنَ، وَنُمْضِي الْعِتْقَ. ففِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا، لَا يَنْفِذُ حَتَّى يُنْفِذُوا^(٩) الْعِتْقَ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ كَانَ مَانِعًا مِنْهُ، فَيَكُونُ بَاطِلًا، وَلَا يَصِحُّ بَزْوَالُ الْمَانِعِ بَعْدَهُ^(١٠). وَالثَّانِي، يَنْفِذُ الْعِتْقَ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ الدَّيْنُ، فَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ نَفُوذُهُ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الْوَرِثَةُ حُقُوقَهُمْ مِنْ ثُلَاثِي التَّرِكَةِ، نَفَذَ الْعِتْقَ فِي الْجَمِيعِ. وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ

١٨٤/١١ ظ

(١) في م زيادة: «ثم ظهر عليه دين».

(٢-٢) في م: «ظهر عليه».

(٣) تقدم تخريجه، في ٣٩٠/٨.

(٤-٤) في الأصل: «لقضاء».

(٥) سورة النساء ١١.

(٦) في الأصل: «يتبرع».

(٧) في م: «يعتبر».

(٨) في ١، ب، م: «يبتدئوا».

(٩) سقط من: الأصل.

وَجَهَان ، كَهْدَيْنِ . وقالوا : إنَّ أَصْلَ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ فِي التَّرَكَةِ بِيَعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، وَقَضَى الدَّيْنُ ، هَلْ يَنْفُذُ ؟ فِيهِ وَجْهَان .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدَ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، ^(١٠) « فَأَقْرَعَ الْوَرَثَةُ » ، فَأَعْتَقُوا وَاحِدًا ، وَأَرْقَوْا اثْنَيْنِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ نِصْفَهُمْ ، فِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْقَرْعَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ شَرِيكَ فِي الْإِقْرَاعِ ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْقِسْمَةُ مَعَ عَدَمِهِ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَمَا لَوْ قَسَمَ شَرِيكَانِ دُونَ شَرِيكَيْهِمَا الثَّلَاثَ . الثَّانِي ، يَصِحُّ الْإِقْرَاعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِمْضَاءَ ^(١١) الْقِسْمَةِ ، وَإِفْرَادُ حِصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ، لِأَنَّ الْقَرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعِتْقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : اقْضُوا ثُلْثِي الدَّيْنِ . وَهُوَ بِقَدْرِ قِيَمَةِ نِصْفِ الْعَبْدَيْنِ اللَّذَيْنِ بَقِيَا ، إِمَّا مِنَ الْعَبِيدِ ، وَإِمَّا مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَجِبُ رَدُّ نِصْفِ الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، فَإِذَا كَانَ الَّذِي أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا ^(١٢) بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتِ الْقَرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَكَانَ بِقَدْرِ سُدُسِ التَّرَكَةِ ، عَتَقَ ، وَبِيعَ الْآخَرُ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ السُّدُسِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ ثَمَامَ السُّدُسِ .

١٩٦٢ — مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، / فَأَعْتَقْنَا مِنْهُمْ وَاحِدًا ؛ ١١٨٥/١١) لِعَجَزِ ثُلُثُهُ عَنْ أَكْثَرِ مِنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أَرَقَ مِنْهُمْ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ ثَلَاثَةً فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ، لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُمْ إِلَّا ثُلُثَهُمْ ، وَيَرِيقُ الثَّلَاثَانِ ، إِذَا لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ عَتَقَهُمْ ، فَإِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ ^(١) بِقَدْرِ مِثْلِيَّتِهِمْ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهُمْ قَدْ عَتَقُوا مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُمْ ، أَوْ مِنْ حِينَ مَوْتِهِ إِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَتَصَرُّفَ ^(٢) الْمَرِيضِ فِي ثُلْثِ مَالِهِ جَائِزٌ نَافِذٌ ، وَقَدْ بَانَ أَنَّهُمْ ثُلْثُ مَالِهِ ، وَخَفَاءُ ذَلِكَ عَلَيْنَا لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مُوجُودًا ، فَلَا يَمْنَعُ كَوْنُ الْعِتْقِ وَاقِعًا . فَعَلَى

(١٠-١١) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : « انقضاء » .

(١٢) في الأصل : « أقرع » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ١ : « وتصريف » .

هذا ، يكون حُكْمُهُمْ حُكْمَ الْأَحْرَارِ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُمْ ، فَيَكُونُ كَسْبُهُمْ لَهُمْ . وَإِنْ كَانُوا قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِمْ بَيْعٌ ، أَوْ هِبَةٌ ، أَوْ رَهْنٌ ، أَوْ تَزْوِيجٌ بغيرِ إِذْنٍ ، كَانَ ذَلِكَ بَاطِلًا . وَإِنْ كَانُوا قَدْ تَصَرَّفُوا ، فَحُكْمُ تَصَرُّفِهِمْ حُكْمُ تَصَرُّفِ الْأَحْرَارِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ مِنْهُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَانَ نِكَاحُهُ صَاحِحًا ، وَالْمَهْرُ عَلَيْهِ وَاجِبٌ ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِمْ ، عَتَقَ ثُلَاثَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣) ثَلَاثُ جَمِيعِ الْمَالِ ، فَيُفْرَعُ بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ أَوْقَفْنَاهُمَا ، فَيَعْتَقُ أَحَدَهُمَا ، وَيَرْقُ الْآخَرَ ، إِنْ كَانَا مُتَسَاوَيْنَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ . وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ نِصْفِهِمْ ، عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ ثُلُثِهِمْ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَثْسَاعِهِمْ ، وَكُلَّمَا ظَهَرَ لَهُ مَالٌ ، عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِينَ اللَّذِينَ رَقًا بِقَدْرِ ثُلَاثِهِ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى بِعْتِقِ عَبْدٍ لَهُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلَاثِهِ ، وَجَبَ عَلَى الْوَصِيِّ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ وَرَثَتُهُ ، لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ اِمْتَنَعُوا ، أَجْبَرَهُمُ السُّلْطَانُ ، فَإِنْ أَصْرُوا عَلَى الْاِمْتِنَاعِ ، أَعْتَقَهُ السُّلْطَانُ ، أَوْ مَنْ يَنْوُبُ مَنَابَهُ ، كَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِلْعَبْدِ ، وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، نَابَ السُّلْطَانُ عَنْهُ أَوْ نَائِبُهُ ، كَالزَّكَاةِ ^(٤) وَالذُّيُونِ . فَإِذَا أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ أَوْ السُّلْطَانُ ، عَتَقَ ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِيِّ ، ^(٥) فَهُوَ لِلْمُوصِيِّ ، يَكُونُ مِنْ جُمْلَةِ تَرَكَّتِهِ إِنْ بَقِيَ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ / كَسَبُ عَبْدِهِ الْقَنْ ، وَمَا كَسَبَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ سَبَبِ الْعَتَقِ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَكَسَبِ الْمُكَاتَبِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : فِيهِ قَوْلَانِ ، مَبْنِيَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي كَسَبِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِهِ قَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ قَنْ ، فَكَانَ كَسَبُهُ لِلْوَرِثَةِ ، كَغَيْرِ الْمُوصَى بِعَتَقِهِ ، وَكَالْمُعَلَّقِ عَتَقَهُ بِصِفَةٍ ، وَفَارَقَ الْمُكَاتَبِ ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ كَسَبَهُ قَبْلَ عَتَقِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِأَمِّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ عَتَقَهَا قَدْ اسْتَقَرَّ سَبَبُهُ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا ، وَكَسَبُهَا لَهُ . وَالْمُوصَى بِهِ لَا يُسَلِّمُهُ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ قَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ سَبَبُ الْمِلْكِ ، وَإِنَّمَا وَقَفَ عَلَى شَرْطِهِ هُوَ الْقَبُولُ ، فَإِذَا

١٨٥/١١ ظ

(٣) فِي م : « لِأَنَّهُمَا » .

(٤) فِي ب : « كَالْوَكَاةِ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ أ .

وَجَدَ الشَّرْطَ ، اسْتَدَّ الْحُكْمُ إِلَى ابْتِدَاءِ السَّبَبِ ، وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ ^(٦) مَا وَجَدَ السَّبَبَ ، وَإِنَّمَا أَوْصَى بِإِجَادِهِ ، وَهُوَ الْعَتَقُ ، فَإِذَا وَجَدَ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُهُ سَابِقًا عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمُوصِي لَهُ أَنْ يَقْبَلَ بِنَفْسِهِ ، وَهَهُنَا لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَنْ يَعْتَقَ نَفْسَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ ^(٧) مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَقَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، فَمَا كَسَبَهُ لِلْوَرْتَةِ ، عَلَى قَوْلِنَا ، وَلَا أَعْلَمُ قَوْلَ مَنْ خَالَفَنَا فِيهِ .

فصل : فَإِنْ عَلَّقَ عَتَقَ عِيْدَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي صِحَّتِهِ ، فَوُجِدَ فِي مَرَضِهِ ، اعْتَبَرَ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مِثْلِ هَذَا فِي الطَّلَاقِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ^(٨) ، فَأَشْبَهَ الْعَتَقَ فِي صِحَّتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ فِي حَالٍ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرْتَةِ بِثَلَاثِي مَالِهِ ، فَاعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْمُنْجَزِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَّهِمُ فِيهِ . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْعَتَقُ الْمُنْجَزُ ، لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتَّهِمُ بِمُحَابَاةٍ غَيْرِ الْوَارِثِ ، وَتَقْدِيمِهِ عَلَى وَارِثِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْوَرْتَةِ ، وَهَذَا حَاصِلُ هَهُنَا . وَلَوْ قَالَ : إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ ، وَأَنَا مَرِيضٌ ، / فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَدِمَ وَهُوَ مَرِيضٌ ، كَانَ مُعْتَبَرًا مِنَ الثَّلَاثِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ . رَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي أَيُّوبَ ، وَأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ ^(٩) . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ حَمَّادٍ ، وَابْنِ أَبِي هِنْدٍ ، وَحَمِيدٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ : يَتَّبِعُهُ مَالُهُ ؛ لِمَا رَوَى نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » . رَوَاهُ

(٦) فِي النِّسْخِ : « وَبِالْعَتَقِ » .

(٧) فِي مِيزَانِهِ : « تَمَامٌ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَعْتَقُ الْعَبْدَ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٧/٦ ، وَأَخْرَجَهُ ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَأَنْسِ ، عَبْدِ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْعَبْدِ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٨/٩ ، ١٣٤/٩ ، ١٤٥ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَالِ الْعَبْدِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٦/٥ .

الإمام أحمد ، بإسناده^(١٠) ، وغيره^(١١) . ورَوَى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عن أَيُّوبَ ، عن نَافِعٍ ، عن ابن عمر ، أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَعْزُضْ^(١٢) لِمَالِهِ^(١٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُلاَمِهِ عُمَيْرُ : يَا عُمَيْرُ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَعْتِقَكَ عِنْقَاهِنِيئًا ، فَأَخْبِرْنِي بِمَالِكَ ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ، أَوْ غُلَامَهُ ، فَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَالِهِ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ »^(١٤) . وَلَأنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ كَانَا جَمِيعًا لِلْسَيِّدِ ، فَأَزَالَ مِلْكَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَبَقِيَ مِلْكُهُ فِي الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى هَذَا حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ »^(١٥) الْمُتَبَاعُ^(١٦) . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يَرْوِيهِ عُبيدُ اللَّهِ^(١٧) بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الْحَدِيثِ ، كَانَ صَاحِبَ فِقْهِ ، فَأَمَّا فِي الْحَدِيثِ فَلَيْسَ هُوَ فِيهِ بِالْقَوِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْوَلِيدِ^(١٨) : هَذَا الْحَدِيثُ خَطَأٌ ، فَأَمَّا فَعُلَ ابْنُ عُمَرَ ، فَإِنَّهُ تَفَضَّلَ مِنْهُ عَلَى مُعْتَقِهِ . قِيلَ لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ : كَانَ هَذَا عِنْدَكَ عَلَى التَّفَضُّلِ^(١٩) ؟ فَقَالَ : إِي لَعَمْرِي عَلَى التَّفَضُّلِ^(٢٠) . قِيلَ لَهُ : فَكَأَنَّهُ عِنْدَكَ لِلْسَيِّدِ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، لِلْسَيِّدِ ، مِثْلَ الْبَيْعِ ، سَوَاءٌ .

١٩٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ . فِي وَقْتِ سَمَاءِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ)

وجملة ذلك أن السيّد إذا علّق عتق عبده أو أمته على مَجِيءِ وَقْتٍ ، مثل قوله : أَنْتَ حُرٌّ

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ . وليس في المسند . وانظر : إرواء الغليل ١٧٢/٦ .

(١٢) في الأصل : « يتعزض » .

(١٣) انظر : تخریج الحديث السابق .

(١٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ .

(١٥) في : ١ : « يشترط » .

(١٦) تقدم تخریجه ، في : ٢١/٦ .

(١٧) في ب ، م : « عبد الله » . وانظر : ميزان الاعتدال ٤/٣ .

(١٨) أي الطيالسي هشام بن عبد الملك ، أمير الحديثين ، متقن ، توفي سنة سبع وعشرين ومائتين . الأنساب ٢٨٣/٨ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « التفضيل » .

في رأس/ الحَوْل . لم يَعْتَقْ حتى يَأْتِيَ رأسُ الحَوْل ، وله بَيْعُهُ ، وَهَبَتُهُ ، وَإِجَارَتُهُ ، وَوَطْءُ ١٨٦/١١ ط الأَمَةِ . وبهذا قال الأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . قال أحمدُ : إِذَا قَالَ لَعَلَّامِهِ : أَنْتَ حُرٌّ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ ، وَمَجْبَى فُلَانٍ . وَاحِدٌ ، وَ : إِلَى رَأْسِ السَّنَةِ ، وَإِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ . إِنَّمَا يُرِيدُ إِذَا جَاءَ رَأْسُ السَّنَةِ ، أَوْ جَاءَ رَأْسُ الْهَلَالِ مِنْهُ ، وَإِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ الْهَلَالُ . إِنَّمَا تَطْلُقُ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الْهَلَالِ . وقال إسحاقُ كما قال أحمدُ . وَحُكِنِي عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي رَأْسِ الحَوْلِ . عَتَقَ فِي الْحَالِ . والذي ^(١) حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ جَارِيَةً ، لَمْ يَطَّأَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ^(٢) ، وَلَا يَهْبُهَا ^(٣) ، وَلَا يَبِيعُهَا ^(٤) ، وَلَا يَلْحَقُهَا نَسَبٌ ^(٥) ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْوَقْتِ ، كَانَتْ حُرَّةً عِنْدَ الْوَقْتِ ، مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَطَّوُّهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَارْوِيِّ عَنْ أَبِي ذَرٍّ ، أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ عَتِيقٌ إِلَى رَأْسِ الحَوْلِ ^(٦) . فَلَوْلَا أَنَّ الْعَتَقَ يَتَعَلَّقُ ^(٧) بِالْحَوْلِ ، لَمْ يُعَلِّقْهُ عَلَيْهِ ^(٨) ، وَلَئِنْ عُلِّقَ الْعَتَقُ بِصِفَةٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهَا ، كَالْوَقْتِ . إِذَا أَدَّيْتَ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَاسْتَحَقَّ أَهْلُهَا لِلْعَتَقِ لَا يَمْنَعُ الْوَطْءُ ، كَالِاسْتِيلَادِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُكَاتَبَةَ ، لِأَنَّهَا اشْتَرَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا بِعَوَضٍ ، وَزَالَ مِلْكُهُ عَنْ أَكْسَابِهَا ^(٩) ، بِخِلَافِ مَسَائِلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا جَاءَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِي مِلْكِهِ ، عَتَقَ . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ ؛ بِبَيْعٍ ، أَوْ مِيرَاثٍ ، أَوْ هِبَةٍ ^(١٠) ، لَمْ يَعْتَقْ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال النَّخَعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ فَعَلْتَ كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ بَيْعًا

(١-١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « بسببه رق » .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ١٠ / ٤١٠ .

(٦) في الأصل : « تعلق » .

(٧) في م زيادة : « لعدم فائدته » .

(٨) في الأصل : « اكسبها » .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

صَحِيحًا ، ثُمَّ فَعَلَ ذَلِكَ الْفِعْلَ ، عَتَقَ ، وَانْتَقَضَ الْبَيْعُ . قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا حَلَفَ بِالطَّلَاقِ : لَا كَلَّمْتُ فُلَانًا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاً بَائِنًا ، ثُمَّ كَلَّمَهُ ، حِنْثٌ . وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « لَا طَّلَاقَ وَلَا عَتَاقَ وَلَا بَيْعَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ » ^(١٠) . وَلَئِنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ ، فَلَمْ يَقَعْ طَلَاؤُهُ وَلَا عَتَاؤُهُ ، / كَالْوَلَمِ يَكُنْ لَهُ مَالٌ مُتَقَدِّمٌ ^(١١) .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ : إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ عَشْرَةَ أَسْوَاطٍ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَمْ يَنْوُقْ بَعَيْنَهُ ، وَلَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَ ^(١٢) وَلَمْ يُوجِدِ الضَّرْبُ ^(١٣) ، وَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُنْفَسَخْ ^(١٤) . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ بَاعَهُ ، فَسَخَّ الْبَيْعُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، فَصَحَّ وَلَمْ يَنْفَسَخْ ، كَالْوَقَالِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَبَاعَهُ قَبْلَ دُخُولِهَا .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، عَتَقَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَعْتِقُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ فِيهِ ، كَالْوَقَالِ عَقْدَ الصِّفَةِ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكَهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الصِّفَةَ فِي مِلْكَهِ ، وَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ فِي مِلْكَهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَحْتِثَ ، كَالْوَقَالِ لَمْ يُزَلْ مِلْكَهُ عَنْهُ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا عُلِّقَ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكَهِ ^(١٥) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَجَزَ الْعِتْقُ لَمْ يَقَعْ ، فَإِذَا عُلِّقَ كَانَ أَوَّلَى بَعْدِ الْوُقُوعِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ . وَذُكِرَ عَنْهُ ، رَوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَعْتِقُ . وَرَوَى عَنْهُ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ يَقَعْ ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ وَالشَّرْطَ وَجَدَا فِي مِلْكَهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْلَمْ يَتَحَلَّلْهُمَا دُخُولُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ ، فَإِذَا وَجَدَ مَرَّةً ، انْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، وَقَدُ وَجَدَ الدُّخُولُ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، فَلَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٢٦/٦ .

(١١) في الأصل : « مقدم » .

(١٢-١٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٣) في ب ، م : « ينفسخ » .

(١٤) في م زيادة : « وتحقق الشرط في ملكه » .

به بعد ذلك ، ويُفارق العتاق الطلاق ، من حيث إنَّ النكاح الثاني يَنْبئُ على النكاح الأول ؛ بدليل أنَّ طلاقه في النكاح الأول يُحسبُ عليه في النكاح الثاني ، ويُنقُصُ به عَدُّ طلاقه ، والمِلْكُ باليمين بخلافه .

فصل : وإذا قال لعبدٍ له مُقَيَّدٌ : هو حُرٌّ إنَّ حَلَّ قَيْدِهِ . ثم قال : هو حُرٌّ إنَّ لم يكن في / ١٨٧/١١ ط
قَيْدِهِ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ . فَشَهِدَ شاهِدَانِ عِنْدَ الحَاكِمِ ، أَنَّ وَزْنَ قَيْدِهِ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ ، فَحَكَمَ بِعِتْقِهِ ، وأَمَرَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، فَوُزِنَ^(١٥) فَوُجِدَ وَزْنُهُ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ ، عَتَقَ العَبْدُ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَبَيَّنَّا أَنَّهُ مَا عَتَقَ بِالشَّرْطِ الَّذِي حَكَمَ الحَاكِمُ بِعِتْقِهِ بِهِ . وَهَلْ يَلْزَمُ الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُ^(١٦) قِيمَتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُمَا ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا الكَاذِبَةَ سَبَبٌ عِتْقِهِ وَإِثْلَافِهِ ، فَضَمْنَاهَا ، كَالشَّهَادَةِ الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ عِتْقَهُ حَصَلَ بِحُكْمِ الحَاكِمِ الْمَبْنِيِّ عَلَى الشَّهَادَةِ الكَاذِبَةِ ، فَأَشْبَهَ الْحُكْمَ بِالشَّهَادَةِ الَّتِي يَرْجِعَانِ عَنْهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا^(١٧) ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَمْ يَحْصُلْ بِالْحُكْمِ الْمَبْنِيِّ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَلَمْ يَشْهَدَا بِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنَا ، كَمَا لَمْ يَحْكُمِ الحَاكِمُ .

فصل : وإن قال لعبدٍ : أَنْتَ حُرٌّ مَتَى شِئْتَ . لَمْ يَعْتَقْ حَتَّى يَشَاءَ بِالْقَوْلِ ، فَمَتَى شَاءَ عَتَقَ ، سِوَاءِ كَانَ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ التَّرَاخِي . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ . فَكَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ ذَلِكَ عَلَى الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّخْيِيرِ ، وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . لَمْ يَكُنْ لَهَا الْاِخْتِيَارُ إِلَّا عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِنْ تَرَاخَى ذَلِكَ ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، كَذَا تَعْلِيلُهُ بِالْمَشِيعَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْرَنَهُ بِزَمَنِ يَدُلُّ عَلَى التَّرَاخِي . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ كَيْفَ شِئْتَ . احْتَمَلَ أَنْ يَعْتَقَ فِي الْحَالِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ « كَيْفَ » لَا تَقْتَضِي شَرْطًا وَلَا وَقْتًُا وَلَا مَكَانًا ، فَلَا تَقْتَضِي تَوْقِيفَ الْعِتْقِ ، وَإِنَّمَا هِيَ صِفَةٌ لِلْحَالِ^(١٨) ، فَتَقْتَضِي وَقُوعَ الْحُرِّيَّةِ

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في الأصل زيادة : « عتق » .

(١٧) في ب ، م : « عليها » .

(١٨) في الأصل : « الحال » .

على أى حال شاء . ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتَقَ حتى يشاء . وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ؛ لأنَّ
 الْمَشِيئَةَ تَقْتَضِي الْخِيَارَ ، فَتَقْتَضِي أَنْ لَا يَعْتَقَ قَبْلَ اخْتِيَارِهِ ، كما لو قال : أَنْتَ حُرٌّ مَتَى
 شِئْتَ . لأنَّ « كيف » تُعْطَى ^(١٩) ما تُعْطَى ^(٢٠) « متى » ، و« أَى » ، فَحُكْمُهَا حُكْمُهُمَا .
 وقد ذكر أبو الحُطَّابِ في الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِرَوْجَتِهِ : أَنْتَ طَالِقٌ مَتَى شِئْتَ ، وَكَيْفَ
 شِئْتَ ، وَحَيْثُ شِئْتَ . لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَشَاءَ ، فَيَجِئُ هُنَا مِثْلُهُ . ١٨٨/١١

فصل : وَتَعْلِيْقُ الْعِتْقِ عَلَى أَدَاءِ شَيْءٍ ، يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْلِيْقُ ^(٢١) عَلَى
 صِفَةِ مَحْضَةٍ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ أَدَيْتَ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَهَذِهِ صِفَةٌ لَزِمَةٌ ، لَا سَبِيلَ إِلَى
 إِبْطَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَلَزَمَهَا نَفْسَهُ طَوْعًا ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالَهَا ، كما لو قال : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ،
 فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَوْ اتَّفَقَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ عَلَى إِبْطَالِهَا ، لَمْ تَبْطُلْ ؛ لِذَلِكَ ^(٢٢) . وَلَوْ أَبْرَأَهُ ^(٢٣) السَّيِّدُ
 مِنَ الْأَلْفِ ، لَمْ يَعْتَقَ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يَنْطَلِ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ يُبْرِئُهُ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ
 تَعْلِيْقٌ عَلَى شَرْطٍ مَحْضٍ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، انْفَسَحَتِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ عَنْهُ ، فَلَا
 يَنْفَعُ عِتْقُهُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ زَالَ مِلْكُهُ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ ، زَالَتِ الصِّفَةُ ، فَإِنْ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ ،
 عَادَتْ ^(٢٤) ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلُ . وَمَتَى وَجَدْتَ الصِّفَةَ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَجْدِيدِ
 إِعْتَاقٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ مُعْلَقٍ ^(٢٥) عَلَى صِفَةٍ ، وَهُوَ قَابِلٌ لِلتَّعْلِيْقِ ، فَيُوجَدُ
 بَوُجُودِ الصِّفَةِ ، كَالطَّلَاقِ ، وَمَا يَكْسِبُهُ الْعَبْدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
 يُوجَدْ عَقْدٌ يَمْنَعُ كَوْنَ كَسْبِهِ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ مَا يَأْخُذُهُ السَّيِّدُ مِنْهُ ، يَحْسُبُهُ مِنَ الْأَلْفِ الَّتِي
 أَدَّاهَا ، فَإِذَا كَمَلَ أَدَاؤُهَا عَتَقَ ، وَمَا فَضَّلَ فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُعْلَقُ عِتْقَهُ أُمَةً ،
 فَوَلَدَتْ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ قَدْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ
 الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَا تَجِبُ عَلَيْهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنَ السَّيِّدِ بِصِفَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ

(١٩-١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب ، م : « تعليقه » .

(٢١) في م : « بذلك » .

(٢٢) في الأصل : « برأه » .

(٢٣) في ا ، ب ، م : « عاد » .

(٢٤) في الأصل : « متعلق » . وفي ب : « تعلق » .

بِأَشَرِّ عِتْقِهَا^(٢٥) . وَلَا يَعْتِقُ حَتَّى يُؤَدَّى الْأَلْفُ بِكَمَالِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ مِنْ أَصْلِنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ الْمُعْلَقَ بِصِفَةٍ يُوَجِّدُ بَوُجُودَ بَعْضِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيفًا . فَأَكَلَ بَعْضَهُ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ، لَوْجُوهٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ آدَاءَ الْأَلْفِ شَرْطُ الْعِتْقِ ، وَشُرُوطُ الْأَحْكَامِ يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا بِكَمَالِهَا الثَّبُوتِ الْأَحْكَامِ ، وَتَنْتَفِي بِانْتِفَائِهَا ، بِدَلِيلِ سَائِرِ شُرُوطِ الْأَحْكَامِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا عُلِّقَ عَلَى / وَصِفٍ ذِي عَدَدٍ ، فَالْعَدَدُ وَصِفٌ فِي الشَّرْطِ ، وَمَتَى عُلِّقَ الْحُكْمُ عَلَى شَرْطٍ ذِي^(٢٦) وَصِفٍ ، لَا يَثْبُتُ مَا لَمْ تَوْجِدِ الصَّفَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ : إِنْ خَرَجْتَ عَارِيًّا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَخَرَجَ لَا يَسًا ، لَا يَعْتِقُ ، فَكَذَلِكَ الْعَدَدُ . الثَّلَاثُ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْكُلِّ ، لَمْ يَحْنَثْ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا صَلَّيْتُ صَلَاةً . لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَفْرُغَ مِمَّا يُسَمَّى صَلَاةً . وَلَوْ حَلَفَ : لَا صُمْتُ صِيَامًا . لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَصُومَ يَوْمًا^(٢٧) . وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ حَضَّتْ حَيْضَةً^(٢٨) ، فَأَنْتِ طَالِقِي . لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهَرَ مِنَ الْحَيْضَةِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي هَذِهِ الْمَسَائِلَ وَنَظَائِرَهَا . وَذَكَرَ الْأَلْفَ هُنَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ آدَاءَ الْأَلْفِ^(٢٩) كَامِلَةً . الرَّابِعُ ، أَنَّنَا لَا نُسَلِّمُ هَذَا الْأَصْلَ الَّذِي آدَعَاهُ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَالَ لَهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيفًا . لَمْ يَعْتِقْ بِأَكْلِ بَعْضِهِ ، وَإِنَّمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، حَيْثُ ، فِي رِوَايَةٍ ، فِي مَوْضِعٍ يَحْتَمِلُ إِرَادَةَ الْبَعْضِ ، وَيَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ ، كَمَنْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي فَشَرَعَ فِي الصَّلَاةِ ، أَوْ لَا يَصُومُ فَشَرَعَ فِي الصِّيَامِ^(٣٠) . أَوْ لَا يَشْرَبُ مَاءَ هَذَا الْإِنَاءِ فَشَرَبَ بَعْضَهُ . وَنَحْوُ هَذَا ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ فِي الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ ، قَدْ صَلَّى وَصَامَ ذَلِكَ الْجُزْءَ الَّذِي شَرَعَ فِيهِ ، وَالْقَدَرُ الَّذِي شَرِبَهُ مِنَ الْإِنَاءِ هُوَ مَاءُ الْإِنَاءِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَتَقْتَضِي الْامْتِنَاعَ مِنَ الْكُلِّ ، وَمَتَى فَعَلَ الْبَعْضُ ، فَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَحَيْثُ لَذَلِكَ . وَلَوْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ ، لَمْ يُبَيِّرْ إِلَّا بِفِعْلِ الْجَمِيعِ .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « عَتَقَهُ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « صُومًا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٩) فِي أ : « أَلْفٌ » .

(٣٠) فِي أ ، م : « الصُّومِ » .

وفي مسألتنا ، تعلُّيقُ الحرِّيةِ على أداءِ الألفِ ، يقتضي وجودَ أدائها ، فلا يثبتُ الحكمُ المعلقُ عليها دونَ أدائها ، كمن حلفَ ليؤدِّيَنَّ ألفًا ، لا^(٣١) يبرأُ حتى يؤدِّيها . الخامسُ ، أنَّ موضوعَ الشرطِ في الكتابِ والسنةِ وأحكامِ الشريعةِ ، على أنَّه لا يثبتُ المشروطُ بدوْنِ شرطه ؛ فإنَّ النَّبيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، دَخَلَ الْجَنَّةَ »^(٣٢) . فلو قال بعضها مُقتصرًا عليه ، لم يستحقَّ إلاَّ العقوبةَ . وقال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، فَهِيَ لَهُ »^(٣٣) . فلو شرعَ في الإحياءِ ، لم تكنْ له . ولو قال في المُسابقةِ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إصاباتٍ ، / فهو سابقٌ . فسبَقَ إلى أربعٍ ، لم يكنْ سابقًا . ولو قال : مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي ، فله دينارٌ . فشرعَ في رَدِّها ، لم يستحقَّ شيئًا . فكيف يُخالِفُ موضوعاتِ الشرعِ واللُّغةِ بغيرِ دليلٍ ، وإِنَّمَا الذي جاء عن أحمدَ ، في الأيمانِ ، في مَنْ حَلَفَ^(٣٤) على أنْ^(٣٥) لا يفعلَ شيئًا ، ففعلَ بعضه ، يحنثُ ؛ لأنَّ اليمينَ على التَّركِ يُقصدُ بها المنعُ ، فنزلتْ منزلةُ النَّهيِ ، والنَّهيُ عن فعلٍ شيءٌ يقتضي المنعَ من بعضه ، بخلافِ^(٣٥) تعلُّيقِ المشروطِ على الشرطِ^(٣٥) . والله أعلم . القسم الثاني ، صفةُ جَمَعَتِ مُعاوِضةً وصفةً ، والمُعْلَبُ فيها حُكْمُ المُعاوِضةِ ، وهي الكتابةُ^(٣٦) الصَّحيحةُ ، فهي مُساويةٌ للصفةِ المحضَةِ في العتقِ لوجودِها^(٣٧) ، وأنَّه لا يجبُ عليه قيمةُ نفسه ، وأنَّ الولاءَ لسيِّده ، وتُخالِفُها في أنَّه^(٣٨) لو أبرأه^(٣٩) السيّدُ من المالِ برئ منه ، وعَتَقَ ؛ لأنَّ ذِمَّتَهُ مشغولةٌ به ، فبرئ منه بإبرائه ، كتمنِ المبيعِ ، ولا ينفسخُ

(٣١) في ب ، م : « لم » .

(٣٢) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٦/١٠ .

(٣٣) تقدم تخريجه ، في : ١٤٩/٩ .

(٣٤-٣٥) سقط من : م .

(٣٥-٣٥) في الأصل : « تعلُّيقِ الشرطِ على المشروط » .

(٣٦) في الأصل : « الكفاية » .

(٣٧) في أ ، ب ، م : « بوجودها » .

(٣٨) في الأصل : « أنها » .

(٣٩) في الأصل : « برأه » .

بَمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَلَا يَبِيعُ الْمُكَاتِبُ ، وَلَا هَبِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ^(٤٠) مُعَاوَضَةٌ^(٤١) لَازِمٌ ، أَشْبَهَ
الْبَيْعَ ، وَمَا كَسَبَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةُ
الَّذِينَ^(٤٢) وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ^(٤٣) ، يَعْتِقُونَ بِعَتَقِهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، صِفَةُ فِيهَا
مُعَاوَضَةٌ^(٤٤) ، وَالْمُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الصَّفَةِ ، وَهِيَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، نَحْوُ الْكِتَابَةِ عَلَى
مَجْهُولٍ ، أَوْ نَجْمٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مَعَ إِخْلَالٍ^(٤٥) شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ الْكِتَابَةِ ، فَتَسَاوَى الصَّفَةُ
الْمَحْضَةُ وَالْكِتَابَةُ الصَّحِيحَةُ^(٤٥) فِي أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، وَلَا
تَلَزُمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِجُنُونِ الْمُكَاتِبِ ، وَلَا الْحَجَرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِلرَّقِّ لَا
يَمْنَعُ صِحَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَلَا يَقْتَضِي حُدُوثَهُ إِبْطَالُهَا . وَإِنْ^(٤٦) أَذَى حَالُ جُنُونِهِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ
الصَّفَةَ وَجَدَتْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ ، وَيُفَارِقُهَا^(٤٧) فِي أَنَّ لِلْسَّيِّدِ فَسْخَها
وَرَفْعَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَاسِدَةٌ ، وَالْفَاسِدُ يُشْرَعُ رَفْعُهُ وَإِزَالَتُهُ ، وَيُفَارِقُ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ ، فِي أَنَّهَا
تَبْطُلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ^(٤٨) ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جِهَتِهِ ،
فَبَطَلَ بِهِذِهِ الْأُمُورِ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ / : إِذَا وَسَّوسَ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ
الْمَوْتِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَبْطُلُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ كِتَابِيٌّ ،
فَلَمْ^(٤٩) يَبْطُلْ بِذَلِكَ ، كَالصَّحِيحَةِ ، وَتُفَارِقُ الصَّفَةَ الْمَحْضَةَ فِي أَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ قَبْلَ
الْأَدَاءِ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ^(٥٠) فِي يَدِهِ^(٥٠) بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَيَتَّبِعُ الْمُكَاتِبَةُ وَلَدُهَا ،
حَمَلًا لَهَا عَلَى الْكِتَابَةِ^(٥١) الصَّحِيحَةِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا . وَفِي الْآخَرِ ، لَا يَسْتَحِقُّ

(٤٠) فِي م : « عِنْد » .

(٤١-٤٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ . ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ قَوْلِهِ : « وَلَا تَلَزُمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ » . الْآتِي . اضْطِرَابٌ .

(٤٢) فِي أ : « الَّذِي » .

(٤٣) فِي ب : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، وَفِي أ : « اخْتِلَالٌ » .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ م .

(٤٦) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

(٤٧) فِي ب ، م : « وَيُفَارِقُهَا » .

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « وَحَيَاتِهِ » .

(٤٩) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٥٠-٥١) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

كُسْبِهِ ، وَلَا يَتَّبِعُ الْمُكَاتَبَةَ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِالصَّفَةِ ، لَا بِالكِتَابَةِ . فَأَمَّا الْكِتَابَةُ بِمُحَرَّمٍ ؛ كَالْحَمْرِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هِيَ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، حُكْمُهَا حَكْمُ مَا ذَكَرْنَا ، وَيَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ، إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ مَا لَمْ تَكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ عُلِقَ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْمُحَرَّمِ ، عَتَقَ بِهِ ، كَمَا لَوْ عُلِقَ الْعِتْقُ عَلَى السَّرْقَةِ وَشُرِبَ الْحَمْرُ . وَإِنْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ عَلَى حَمْرٍ . لَمْ يَعْتَقْ بِأَدَائِهِ ، كَقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ^(٥٢) ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ عَوَضًا لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَيَعْتَقُ ^(٥٣) ، وَلَمْ يَلْزِمَهُ الْأَلْفُ . هَكَذَا ذَكَرَ الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَنَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، قِيلَ لَهُ : إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ . قَالَ : جَيِّدٌ . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ ؟ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ، إِنَّمَا قَالَه ^(٥٤) لَهُ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ، فَلَا شَيْءَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . فَكَذَلِكَ . فِي ^(٥٥) إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » لَيْسَتْ مِنْ أَدَوَاتِ الشَّرْطِ وَلَا الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . وَالثَّانِيَةِ ، إِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَتْهُ الْأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَمْ يَعْتَقِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يَعْتَقِ بُدُونِ قَبُولِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » تُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ وَالْعَوَضِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾ ^(٥٦) . وَقَالَ / تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ ^(٥٧) . وَلَوْ قَالَ فِي النِّكَاحِ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَلَانَةً ، عَلَى صَدَاقٍ خَمْسِمِائَةٍ

و ١٩٠/١١

(٥٢) فِي ب : « شَرْطُهُ » .

(٥٣) فِي أ ، ب : « فَعَتَقَ » .

(٥٤) فِي أ ، ب : « قَالَ » .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٥٦) سُورَةُ الْكَهْفِ ٦٦ .

(٥٧) سُورَةُ الْكَهْفِ ٩٤ .

دِرْهِمٍ . فقال الآخرُ : قَبِلْتُ . صَحَّ النِّكَاحُ ، وثَبَّتَ الصَّدَاقُ . وقال الفقهاءُ : إذا تَزَوَّجَهَا على أَلِفٍ لها ، وأَلِفٍ لَأَيِّهَا ، كان ذلك جائزًا . فأما إذا^(٥٨) قال : أَعْتَقْتُكَ على أن تَحْدُمَنِي سَنَةً . فقبِلَ ، ففيها روايتان ، كالتى قبَلها . وقيل : إن لم يقبل العبدُ ، لم يعتق . رواية واحدة . فعلى هذا ، إذا قبِلَ العبدُ ، عتق في الحال ، ولزِمَتْهُ خِدْمَتُهُ سَنَةً . فإن مات السيِّدُ قبل كَمالِ السَّنَةِ ، رُجِعَ على العبدِ بِقِيَمَةِ ما بَقِيَ من الخِدْمَةِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : تُقَسَّطُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ على خِدْمَةِ السَّنَةِ ، فيُقَسَّطُ منها بِقَدَرِ ما مَضَى ، ويُرجعُ عليه بما بَقِيَ من قِيَمَتِهِ . ولنا ، أن العتقَ عَقْدٌ لا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، فإذا عَدَّرَ فيه اسْتِيفَاءُ الْعَوَضِ ، رُجِعَ إلى قِيَمَتِهِ ، كالخُلْعِ في النِّكَاحِ ، والصُّلْحِ في دِمِّ الْعَمِدِ . وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ ، على أن تُعْطِيَنِي أَلْفًا . فالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ ، فإذا قَبِلَ ، عتقَ ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ^(٥٩) . وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ بِالْأَلِفِ . لم يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ ، فَيَعْتَقُ ، وَلَزِمَهُ أَلْفٌ^(٦٠) .

فصل : وإذا عُلِقَ عِتْقُ أَمَتِهِ بِصَفَةٍ ، وهى حَامِلٌ ، تَبِعَهَا وَلَدُهَا في ذلك ؛ لِأَنَّهُ كَعُضْوٍ من أَعْضَائِهَا ، فإن وَضَعَتْهُ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ، ثم وَجَدَتِ الصَّفَةَ ، عتقَ ؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ في الصَّفَةِ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان في^(٦١) الْبَطْنِ . وإن كانت حائِلاً^(٦٢) حِينَ التَّعْلِيْقِ ، ثم وَجَدَتِ الصَّفَةَ وهى حَامِلٌ ، عتقت هى وَحْمَلُهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَجَدَ فِيهَا وهى حَامِلٌ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُنْجَزِ . وإن حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وولَدَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ، ثم وَجَدَتِ بَعْدَ ذَلِكَ ، لم يَعْتَقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الصَّفَةَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ ، لا في حَالِ التَّعْلِيْقِ ، ولا في حَالِ الْعِتْقِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَّبَعُهَا في الْعِتْقِ ، قِيَاسًا على وَلَدِ الْمُدْبَرَةِ . وإن بَطَلَتْ / الصَّفَةُ يَبِيعُ أو مَوْتٍ ، لم يَعْتَقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبَعُهَا في الْعِتْقِ ، لا في الصَّفَةِ ، فإذا لم تُوجَدْ فيها ، لم يُوجَدْ فيه ، بخِلَافِ وَلَدِ الْمُدْبَرَةِ ؛ فَإِنَّهُ يَتَّبَعُهَا في التَّدْبِيرِ ، فإذا بَطَلَ فيها ، بَقِيَ فيه .

١٩٦٤ - مسألة : قال : (وإذا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِهَا ،

(٥٨) في الأصل : « إن » .

(٥٩) في ١ : « ألف » .

(٦٠) في الأصل : « الألف » .

(٦١) بعد هذا في م زيادة : « الصفة فأشبه ما لو كان في » .

(٦٢) في الأصل : « حاملا » . وفي ب : « حابلا » .

والتَّلْدُذِ بِهَا ، وَأُجِبَ عَلَى نَفَقَتِهَا ، فَإِنْ أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَتْ)

هذه المسألة يُؤَخَّرُ شَرْحُهَا إِلَى بَابِ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ؛ فَإِنَّهُ أَلْيَقُ بِهَا .

١٩٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ ، أَقْرَعَ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، إِذَا أَشْكَلَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُهُمَا اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ ، وَلَمْ يُعْلَمْ بَعَيْنُهُ ، فَوَجَبَ إِخْرَاجُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . وَقَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . فَأَمَّا إِنْ عُلِمَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا ، فَهُوَ الْحُرُّ وَحْدَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي هَاشِمٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَقَتَادَةُ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ ، فَهُمَا حُرَّانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا أُعْتِقَ الْأَوَّلُ ، وَالَّذِي خَرَجَ أَوَّلًا هُوَ أَوَّلُ الْوَلَدَيْنِ^(٢) ، فَاخْتَصَّ الْعِتْقُ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْهُمَا فِي بَطْنَيْنِ .

فصل : فَإِنْ وَلَدَتْ الْأَوَّلُ مَيِّتًا ، وَالثَّانِي حَيًّا ، فَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّهُ يَعْتِقُ الْحَيَّ مِنْهُمَا .

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَعْتِقُ وَاحِدًا مِنْهُمَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْعِتْقَ إِنَّمَا وَجَدَ فِي الْمَيِّتِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ ، فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ بِهِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنْ شَرَطَ الْعِتْقَ إِنَّمَا^(٣) وَجَدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَلَدٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا^(٤) ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، عَتَقَتْ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْعِتْقَ يَسْتَحِيلُ فِي الْمَيِّتِ ، فَتَعَلَّقَتِ الْيَمِينُ بِالْحَيِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ ضَرَبْتُ فَلَانًا ، فَعَبْدِي حُرٌّ . فَضَرَبَهُ حَيًّا ، عَتَقَ ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتِقْ . وَلَئِنْ كَانَ مَعْلُومٌ مِنْ طَرِيقِ الْعَادَةِ ، أَنَّهُ قَصَدَ عَقْدَ يَمِينِهِ عَلَى وَلَدٍ يَصْبِحُ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا ، فَتَصِيرُ الْحَيَاةُ مَشْرُوطَةً فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ حَيًّا / ، فَهُوَ حُرٌّ .

و ١٩١/١١

فصل : وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ : كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . عَتَقَ كُلَّ وَلَدٍ وَلَدْتَهُ . فِي قَوْلِ

(١) فِي ب : « قُرْع » .

(٢) فِي ١ ، ب ، م : « الْمَوْلُودَيْنِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالتَّوْرِيُّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَلَا أَحْفَظُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ بَاعَ الْأُمَّةُ ، ثُمَّ وَلَدَتْ ، لَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُمْ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَوَّلُ غُلَامٍ أَمْلِكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . اثْبَنِي ذَلِكَ عَلَى الْعَتَقِ قَبْلَ الْمِلْكِ ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا يَصِحُّ عَتَقُ أَوَّلِ مَنْ يَمْلِكُهُ . فَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ مُهَنَّأَ : إِذَا قَالَ : أَوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِنْ عَبِيدِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَطَلَعَ اثْنَانِ ، أَوْ جَمِيعُهُمْ ، فَإِنَّهُ يَقْرَعُ بَيْنَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ وَجَدَتْ فِيهِمَا جَمِيعًا ، فَتَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ ، فَلَهُ عَشْرَةٌ . فَسَبَقَ اثْنَانِ ، اشْتَرَكَا فِي الْعَشْرَةِ . وَقَالَ النَّحْعِيُّ : يُعْتَقُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا أَوَّلَ فِيهِمَا ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَاوٍ لِلْآخَرِ ، وَمِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِيَّةِ سَبْقُ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَيْنِ لَمْ يَسْبِقْهُمَا غَيْرُهُمَا ، فَكَانَا أَوَّلَ ، كَالوَاحِدِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِ أَنْ يَأْتِيَ بَعْدَهُ ثَانٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَ وَاحِدًا وَلَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهُ شَيْئًا ، وَإِذَا كَانَتِ الصِّفَةُ مُوجُودَةً فِيهِمَا ، فَأَيُّمَا نِ يَعْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا وَتُعَيَّنُهُ الْقُرْعَةُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدُ بَيْتَهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ ، وَخَرَجَا^(٥) مَعًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : آخِرُ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَمَلَكَ عَبِيدًا ، لَمْ يُحْكَمْ بِعَتَقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَتَّى يَمُوتَ ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا ، فَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ عَبْدًا يَكُونُ هُوَ الْآخِرَ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ آخِرُهُمْ^(٦) ، وَتَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ مَلَكَه ، فَيَكُونُ اكْتِسَابُهُ^(٧) لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ أُمَّةٌ ، كَانَ أَوْلَادُهَا أَحْرَارًا مِنْ حِينَ وَلَدَتْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ حُرَّةٍ . وَإِنْ كَانَ وَطَنُهَا ، فَعَلِيهِ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَنُ جُرَّةٍ أَعْجَنِيَّةٍ ، / وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا حِينَ مَلَكَهَا ، حَتَّى يَمْلِكَ^(٨) ذَلِكَ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ، فَهِيَ آخِرٌ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يُزُولُ^(٨) ذَلِكَ

(٥) فِي مَزَادَةِ : « جَمِيعًا » .

(٦) فِي ب : « الْآخِر » .

(٧) فِي أ ، ب ، م : « أَكْسَابُهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « يُزُولُ » .

بِمَلِكٍ غَيْرِهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَحْرُمَ الْوَطْءُ . وَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ ، دَفَعَهُ وَاحِدَةً ، ثُمَّ مَاتَ ، فَالْحُكْمُ فِي عِتْقِهِمَا ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا مَلَكَ اثْنَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

١٩٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِلرَّجُلِ : اشْتَرِنِي مِنْ سَيِّدِي بِهَذَا الْمَالِ ، فَأُعْتِقْنِي . ففَعَلَ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْبَائِعِ مِثْلَ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ ، وَلَا وَهَ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَالَ لَهُ : بِغَيْرِ هَذَا الْمَالِ . فَيَكُونَ الشِّرَاءُ وَالْعِتْقُ ^(١) بَاطِلًا ، وَيَكُونَ السَّيِّدُ قَدْ أَخَذَ مَالَهُ)

وجملته أن العبد إذا دفع إلى أجنبي مالا ، وقال : اشتريني من سيدي بهذا المال ، فأعْتِقْنِي . ففَعَلَ ، لم يحل من أن يشتريه بعين المال ، أو في ذمته ، ثم ينقذ المَالَ ، فإن اشتراه في ذمته ، فأعْتَقَهُ ، فالشراء صحيح ، والعتق جائز ؛ لأنه ملكه بالشراء ، فنقذ عتقه له ، وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ؛ لأنه لزمه الثمن بالبيع ، والذي دفعه إلى السيد كان ملكا له ، لا يحتسب ^(٢) له به ^(٣) من الثمن ، فبقى ^(٤) الثمن واجبا عليه ، يلزمه أدائه ، وكان العتق من ماله ، والولاء له . وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وأما إن اشتراه بعين المال ، فالشراء باطل ، والعتق غير واقع ؛ لأنه اشترى بعين مال غيره شيئا بغير إذنه ، فلم يصح الشراء ، ولم يقع العتق ؛ لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ؛ لأن ما في يد العبد محكوم به لسيده . وعلى الرواية التي تقول : إن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود . يصح البيع والعتق ، ويكون الحكم كالواشترائه في ذمته . ونحو هذا قال النخعي ، وإسحاق ، فإنهما قالا : الشراء والعتق جائز ^(٥) ، ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق . وقال الحسن : البيع والعتق باطل ^(٦) . وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ، ويعاقب من

(١) في ب : « والبيع » .

(٢) في ب : « يحسب » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « فيبقى » .

(٥) في م : « جائزان » .

(٦) في م : « باطلان » .

فَعَلَهُ ، مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ أَيْضًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي التَّفْرِيقُ ، وَفِيهِ تَوْسُطٌ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد أحدهما خمسين دينارًا ، على أن يعتق نصيبه منه ، فأعتقه ، عتق ، وسرى إلى باقيه إن كان مؤسرًا ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين ، وبنصف قيمة العبد ؛ لأن ما في يد العبد يكون بين سيديّه ، لا ينفرد به أحدهما ، إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق ، وإن كان العوض مستحقًا ، إذ لم يقع العتق^(٧) على غيرها ، وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه . وإن أوقع^(٨) العتق على غيرها ، يجب أن يرجع على العبد بقيمة^(٩) ما أعتقه بالعوض المستحق ، ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ، فيرجع بقيمته ، ويكون الولاء للمعتق .

فصل : ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبى حر . عتق ، وسرى إلى نصيب شريكه ، والولاء^(١٠) له . وإن أعتق نصيب الموكّل ، عتق ، وسرى إلى نصيبه ، والولاء للموكّل . وإن أعتق نصف العبد ، ولم ينو شيئًا ، احتمل أن ينصرف إلى نصيبه ؛ لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ، ولم ينو ذلك . ويحتمل^(١١) أن ينصرف إلى نصيب شريكه ؛ لأنه أمره بالإعتاق ، فأنصرف إلى ما أمر به . ويحتمل أن ينصرف إليهما ؛ لأنهما تساويا ، فأنصرف إليهما ، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ، ضمن نصيب شريكه . ويحتمل أن لا يضمن ؛ لأن الوكيل إن أعتق نصيبه ، فسرى إلى نصيب شريكه ، لم يضمنه ، لأنه ما ذوّن له في العتق ، وقد عتق^(١٢) بالسراية ، فلم يضمن ، كمن أذن له في إتلاف شيء ، فإنه لا يضمنه وإن أتلّفه بالسراية . وإذا أعتق نصيب شريكه ، لم يلزم شريكه الضمان ؛ لأنه مباشر لسبب الإتلاف ، فلم يجب له ضمان ما تلّف به ، كما لو قال له أجنبى : أعتق عبدك . فأعتقه . والله أعلم .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : « وقع » .

(٩) في م : « بقيمته » .

(١٠) في م زيادة : « ويكون » .

(١١) في م : « واحتمل » .

(١٢) في الأصل ، ١ ، م : « أعتق » .

كتاب التَّذْيِيرِ

ومعنى التَّذْيِيرِ : تَعْلِيْقُ عِتْقِ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ . وَالْوَفَاةُ دُبُرُ الْحَيَاةِ ، يُقَالُ : دَابَرَ الرَّجُلُ يُدَابِرُ مُدَابِرَةً . إِذَا مَاتَ ، فَسُمِّيَ الْعِتْقُ بَعْدَ الْمَوْتِ تَذْيِيرًا ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ ^(١) فِي دُبُرِ الْحَيَاةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ السُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَارَوْى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ مَمْلُوكًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ ^(٢) ، فَاحْتِاجُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ ^(٣) مِنْنِي ؟ » . فَبَاَعَهُ مِنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ . وَقَالَ : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ مَنْ دَبَرَ عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى مَاتَ ، وَالْمُدَبِّرُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، بَعْدَ قَضَاءِ دَيْنِ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْفَاذِ وَصَايَاهُ إِنْ كَانَ وَصَّى ، وَكَانَ السَّيِّدُ بِالْعَاجِزِ الْأَمْرِ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَجِبُ لَهُ أَوْ لَهَا .

١٩٦٧ — مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَرْتُكَ ،

(١) في الأصل : « عتاق » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « يشتره » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع المزايدة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب من باع مال المفلس ... ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب عتق المدبر ... ، من كتاب الكفارات ، وفى : باب إذا أكره حتى وهب ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩١/٣ ، ١٥٦ ، ١٨١/٨ ، ١٨٢ ، ٢٧/٩ . ومسلم ، فى : باب الابتداء فى النفقة بالنفس ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب جواز بيع المدبر ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٦٩٢/٢ ، ٦٩٣ ، ١٢٨٩/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع المدبر ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٢/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع المدبر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٥/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٧/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٥/٣ ، ٣٠٨ ، ٣٦٩ . وانظر ما تقدم تخريجہ ، فى : ١٢٤/٩ .

أَوَأَنْتَ خُرْبَعْدَ مَوْتِي . فَقَدْ صَارَ مُدَبِّرًا)

وجملة ذلك أنه إذا علّق صريح العتق بالموت ، فقال : أَنْتَ خُرْبَعْدَ مَوْتِي ، أو مُحَرَّرٌ ، أو عَتِيقٌ ، أو مُعْتَقٌ ، بعد مَوْتِي ^(١) . صار مُدَبِّرًا . بلا خلافٍ نَعْلَمُهُ . فأما إن قال : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أو قد دَبَّرْتُكَ . فإنه يصير ^(٢) مُدَبِّرًا بنفس اللَّفْظِ ، من غير افتقارٍ إلى نِيَّةٍ . وهذا منصوصُ الشَّافِعِيِّ . وقال بعضُ أصحابه : فيه قولٌ آخرٌ ، أنه ليس بصريحٍ في التَّدْبِيرِ ، وَيَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ لَأَنَّهُمَا لَفْظَانِ لَمْ يَكُنْ اسْتِعْمَالُهُمَا ، فَافْتَقَرَ إِلَى النِّيَّةِ ، كَالْكِنَايَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَفْظَانِ وَضِعَا لِهَذَا الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى النِّيَّةِ ، كَالْبَيْعِ ، وَيُفَارِقُ الْكِنَايَاتِ ؛ فَإِنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لَهُ ، وَيُشَارِكُهَا فِيهِ غَيْرُهَا ، فَافْتَقَرَتْ إِلَى النِّيَّةِ لِلتَّعْيِينِ ، وَيَرْجُحُ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ ، بِخِلَافِ الْمَوْضُوعِ .

فصل : وَيَعْتَقُ الْمُدَبِّرُ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمْرٍ ^(٣) . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ^(٤) ، وَمَسْرُوقٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ / ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ١١/١٩٣ وَرَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ فَيَنْفُذُ ^(٥) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَالْعَتَقِ فِي الصَّحَّةِ ، وَعَتَقَ أُمَّ الْوَلَدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرَّعَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَيُفَارِقُ الْعَتَقَ فِي الصَّحَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ غَيْرُ الْمُعْتَقِ ، فَيَنْفُذُ ^(٥) فِي الْجَمِيعِ ، كَالْهَبَةِ الْمُنْجَزَةِ . وَقَدْ نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلٌ ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، رَجَعَ عَنْهُ أَحْمَدُ إِلَى مَا نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ الْعَتَقُ فِي الْمَرَضِ وَالتَّدْبِيرِ ، قُدِّمَ الْعَتَقُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَوْتُ » .

(٢) بَعْدَ هَذَا فِي الْأَصْلِ : « بِهِ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَدِيرِ مِنَ الثَّلَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَدِيرِ . السَّنَنُ الْكِبَرَى ١٠/٣١٤ .

(٤) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ فِي الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنُ ١/١٣٢ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَنَفِذُ » .

التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْعِتْقِ ، تَسَاوَا ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا عِتْقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَحَتَّمَلْ أَنْ يُقَدَّمَ
التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَقَعُ فِيهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَقِفُ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ بَعْدَهُ .

فصل : وَجُوزُ التَّذْيِيرِ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ فَالْمُطْلَقُ تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ
آخَرَ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَالْمُقَيَّدُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، خَاصٌّ ، نَحْوُ أَنْ
يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ سَفَرِي هَذَا ، أَوْ فِي بَلَدِي هَذَا ، أَوْ عَامِي هَذَا ، فَأَنْتَ
حُرٌّ . فَهَذَا جَائِزٌ عَلَى مَا قَال ، إِنْ مَاتَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَهَا عِتْقُ الْعَبْدِ ، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَقْ .
وَقَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ مَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ ^(٦) مُدَبَّرٌ الْيَوْمَ ؟ قَالَ : يَكُونُ مُدَبَّرًا ذَلِكَ
الْيَوْمَ ، فَإِنْ مَاتَ ذَلِكَ الْيَوْمَ ، صَارَ حُرًّا . يَعْنِي إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى . وَالضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْلَقَ
التَّذْيِيرُ عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، أَوْ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ ، أَوْ إِنْ شَفَى اللَّهُ
مَرِيضِي ، فَأَنْتَ ^(٦) مُدَبَّرٌ ، أَوْ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَهَذَا لَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ
عَلَّقَ التَّذْيِيرَ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِذَا وُجِدَ ، صَارَ مُدَبَّرًا ، وَعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ
الشَّرْطُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، وَوُجِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْطِ ^(٧) يَقْتَضِي وُجُودَهُ
فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ ^(٨) عُلِّقَ عَلَيْهِ عِتْقًا مُنْجَزًا ، فَقَالَ : إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ .
فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ ، وَكَأَنَّ ^(٩) لَوْ قَالَ لَوْ كَيْلِهِ : بَعْدَ عِبْدِي . فَمَاتَ الْمُوَكَّلُ قَبْلَ بَيْعِهِ ،
بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ . وَلِأَنَّ الْمُدَبَّرَ مَنْ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِالْمَوْتِ / ، وَهَذَا قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا ،
وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُمْكِنُ حَدُوثُ التَّذْيِيرِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ .
فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَعْتَقُ . وَهُوَ قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْهُ ، فِي
قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ أَوْ شَهْرٍ . فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ تُوْجَدُ
فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَعْتَقْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِي إِيَّاكَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّهُ
إِعْتِقَاقٌ لَهُ بَعْدَ قَرَارِ مِلْكٍ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، ^(١٠) فَلَمْ يَعْتَقْ ^(١١) ، كَالْمُنْجَزِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَعْتَقُ . وَهُوَ

١٩٣/١١ ط

(٦) فِي مِيزَانِ : « حُرٌّ » .

(٧) فِي ب ، مِيزَانِ : « فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ » .

(٨) فِي مِيزَانِ : « لَمْ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « كَأَنَّ » .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

الذى ذكره القاضى . وهو مذهب الشافعى ؛ لأنه صرح^(١١) بذلك ، فحُجِّلَ عليه ، كما لو وصَّى بإعتاقه ، كما لو وصَّى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ، ويفارق التصرف بعد البيع ؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه ، بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح ، إن شاء الله تعالى . ويفارق الوصية^(١٢) بالعنق وبيع السلعة ؛ لأن المِلْك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملكون التصرف فيه ، بخلاف مسألتنا . وقولهم : جعل^(١٣) له التصرف في ثلثه . قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث ، وإن ثبت للوارث ، فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له ، تبين أن المِلْك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل ، تبين أنه كان للوارث . فعلى قولنا : لا يعتق بالذخول بعد الموت . للوارث التصرف فيه كيف شاء ، ومن صحح هذا الشرط ، احتمل أن يمنع الوارث من التصرف في رقبته ؛ لأنه يستحق العنق ، فأشبهه الموصى بعنقه . واحتمل أن لا يمنعه ؛ لأنه علّق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنعه من التصرف فيه ، كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار ، فأنت حر . فأما كسبه قبل عتقه ، فهو للوارث ؛ لأن المِلْك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كما لو كان الوارث هو الذى علّق عتقه .

فصل : فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أو قال : بيوم . فقال أحمد ، في رواية
مُهنّا : لا يعتق ، ولا تصح هذه / الصفة . وقال أيضاً : سألت أحمد ، عن رجل قال
لعبده : أنت حر بعد موتى بشهر ، بألف درهم . فقال : هذا كله لا يكون شيئاً بعد
موته . وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيهما رواية أخرى ، أنه
يعتق إذا وجدت الصفتان ؛ الموت ، ومضى المدة المذكورة . وبهذا قال الثوري ، وأبو
يوسف ، وإسحاق . ووجه الروایتين ما تقدّم . وقال أصحاب الرأي : لا يعتق حتى
يعتقه الوارث . وعلى قول من قال : يعتق . يكون قبل الموت ملكاً للوارث ، وكسبه له ،
كأُم الولد ، والمُدبّر في حياة السيّد . وإن كان أمة ، فولدت قبل وجود الصفة ، فولد لها

(١١) في الأصل : « صريح » .

(١٢) سقط من : ١ .

(١٣) في م : « حصل » .

يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ ، وَيَعْتَقُ بِوُجُودِ الصِّفَةِ ، كَمَا تَعْتَقُ هِيَ .

فصل : إذا قال لعبده : إذا قرأت القرآن ، فأنت حرٌ بعد موتي . فقرأ القرآن جميعه ، صار مُدَبِّرًا ، وإن قرأ بعضه ، لم يصِرْ مُدَبِّرًا . وإن قال : إذا قرأت قرآنًا ، فأنت حرٌ بعد موتي ، فقرأ بعض القرآن ، صار مُدَبِّرًا ؛ لأنه في الأولى عَرَفَهُ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلِاسْتِعْرَاقِ ، فعاد إلى جميعه ، وههنا نَكَّرَهُ ، فاقْتَضَى بعضه . فإن قيل : فقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ ^(١٤) . وقال : ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا ﴾ ^(١٥) . ولم يُرِدْ جميعه . قلنا : قَضِيَّةُ اللَّفْظِ تَتَنَاوَلُ جميعه ؛ لأنَّ الألفَ واللَّامَ لِلِاسْتِعْرَاقِ ، وَإِنَّمَا حُمِلَ عَلَى بعضه بِدَلِيلٍ ، فَلَا يُحْمَلُ عَلَى البعضِ فِي غير ذلك المَوْضِعِ بِغير دليلٍ ، ولأنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ تَقْتَضِي قِرَاءَةَ جميعه ؛ لأنَّ الظاهرُ أَنَّهُ ^(١٦) أَرَادَ تَرْغِيْبَهُ فِي قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، بِتَعْلِيْقِ ^(١٧) الْحُرِّيَّةِ بِهِ ، أَوْ مُجَازَاتِهِ ^(١٨) عَلَى قِرَاءَتِهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ ^(١٩) لَا يُجَازَى بِهَذَا الْأَمْرِ الْكَثِيرِ ^(٢٠) ، وَلَا يُرَغَّبُ بِهِ ، إِلَّا فِيمَا يَشُقُّ ، أَمَا قِرَاءَةُ آيَةٍ أَوْ آيَتَيْنِ . فلا .

فصل : فإن قال لعبده : إن شئت ، فأنت حرٌ بعد موتي ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أي وقت شئت ، فأنت حرٌ بعد موتي . فهو تَدْبِيرٌ بِصِفَةٍ ، فمتى شاء في حياة سيِّده ، صار مُدَبِّرًا ، يَعْتَقُ بِمَوْتِ سيِّده ، كما لو قال : إن دخلت الدَّارَ ، فأنت حرٌ بعد موتي . فدَخَلَهَا في حياته . وإن مات السيِّدُ قَبْلَ مَشِيئَتِهِ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، كما لو مات في المسألة الأخرى قَبْلَ دُخُولِ الدَّارِ . وإن قال : متى شئت بعد موتي ، فأنت حرٌ ، أو أيَّ

(١٤) سورة النحل ٩٨ .

(١٥) سورة الإسراء ٤٥ .

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « يتعلق » .

(١٨) في ب ، م : « ومجازاته » .

(١٩) في الأصل : « الكبير » .

(٢٠) في ب ، م : « قراءته » .

وقتِ شِئَتْ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فهذا تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ^(٢١) على صِفَةِ بَعْدِ المَوْتِ ، وقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، وَأَنَّ قَوْلَ القَاضِي صَحَّتهُ ، فعلى قَوْلِهِ ، يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى التَّرَاحِي ، فَمَتَى شَاءَ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، عَتَقَ ، وما كانَ لَهُ مِنْ كَسْبٍ قَبْلَ مَشِيئَتِهِ ، فهو لَوَرَثَةُ سَيِّدِهِ ؛ لأنَّهُ عَبْدٌ قَبْلَ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ المَوْصِي بِهِ ، فَإِنَّ فِي كَسْبِهِ قَبْلَ القَبُولِ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ ؛ لِأَنَّنَا نَبَيِّنُ أَنَّهُ مَلَكُهُ مِنْ^(٢٢) حِينَ المَوْتِ ، وَهُنَا لَا يَثْبُتُ المِلْكُ قَبْلَ المَشِيئَةِ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يَثْبُتُ العِتْقُ قَبْلَ الشَّرْطِ . وَجْهًا وَاحِدًا . وَذَكَرَ القَاضِي فِي قَوْلِهِ : إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِنْ شِئْتَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَنَّهُ عَلَى الفَوْرِ ، فَإِنْ شَاءَ فِي المَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِنْ تَرَاحَتْ المَشِيئَةُ عَنِ المَجْلِسِ ، بَطَلَتْ ، وَلَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا بِالمَشِيئَةِ بَعْدَهُ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . فَإِنَّ الِاخْتِيَارَ يَقِفُ عَلَى المَجْلِسِ ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . كَانَ عَلَى الفَوْرِ أَيْضًا ، فَمَتَى شَاءَ عَقِيبَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي المَجْلِسِ ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ تَرَاحَتْ مَشِيئَتُهُ عَنِ المَجْلِسِ ، لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ حُرِّيَّةٌ . وَقَدْ ذَكَرَ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ ، إِنْ شِئْتَ ، وَشَاءَ أَبُوكَ . فَشَاءَ امْعًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، سَوَاءً شَاءَ عَلَى الفَوْرِ أَوْ التَّرَاحِي ، أَوْ شَاءَ أَحَدَهُمَا عَلَى الفَوْرِ ، وَالْآخَرُ عَلَى التَّرَاحِي^(٢٣) ، وَهَذَا مِثْلُهُ ، فَيُخَرَّجُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِثْلُ^(٢٤) مَا ذُكِرَ^(٢٥) فِي الْآخَرَى .

فصل : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَا ؟ أَوْ قَالَ : فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَسْتُ بِحُرٍّ ؟ لَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا ؛ لِأَنَّهُ / اسْتَفْهَامٌ ، وَلَمْ يَقْطَعْ بِالْعِتْقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ لَا ؟ وَقَدْ ذَكَرْنَا^(٢٦) ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ^(٢٧) .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ ، لَمْ يَسِرِ التَّدْبِيرُ إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، مُوسِرًا

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « العتق » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٢٣) تَقَدَّمَ فِي : ١٠ / ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٢٤) فِي : ١ : « ذكره » . وَفِي ب : « ذكرنا » .

(٢٥) فِي : ١ : « ذكر » .

(٢٦) تَقَدَّمَ فِي : ١٠ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

كان أو مُعْسِرًا . وذكر أبو الحَطَّابِ وَجْهًا ، أَنَّهُ يَسْرَى تَدْبِيرُهُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكِهِ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لَأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَسَرَى ذَلِكَ فِيهِ ، كَالِاسْتِيلَادِ . وللشافعي قولان ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيقُ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ ، فَلَمْ يَسْرَ ، كَتَعْلِيقِهِ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَيُفَارِقُ الاسْتِيلَادَ ؛ فَإِنَّهُ آكَدُ ، وَلِهَذَا يَعْتَقُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . وَلَوْ قَتَلَتْ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ اسْتِيلَادِهَا ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَالْمُدَبِّرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا مَاتَ الْمُدَبِّرُ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ . وَهَلْ يَسْرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ، ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ^(٢٧) نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُدَبِّرِ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الْمُدَبِّرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْحَطَّابِ ، فِيهَا وَجْهَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْرَى عَتَقُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ بِمَوْتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ إِنْطِلَاقُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ^(٢٨) فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شِرْكَاءُؤُهُ حِصَصَهُمْ ، وَالْأَفْقَدُ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ »^(٢٩) . وَلَأَنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى إِنْطِلَاقِ الْمِلْكِ ، الَّذِي هُوَ آكَدُ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَالْوَلَاءُ أَوْلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ^(٣٠) ، وَيَبْطُلُ بِمَا إِذَا عُلِقَ عَتَقَ نَصِيبُهُ بِصِفَةٍ^(٣١) .

فصل : وَإِنْ دَبَّرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الْآخَرِ عَلَى التَّدْبِيرِ ، إِنْ لَمْ يَفِ ثَلَاثُهُ بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَفِي بِهِ^(٢٨) ، فَهَلْ يَسْرَى الْعِتْقُ إِلَيْهِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتْنَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قَالَ أَحْمَدُ / : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ هَذَا اللَّفْظَ تَدْبِيرًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَصِيبِهِ ، وَمَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ؛ فَإِنَّهُ قَابِلٌ

ظ ١٩٥/١١

(٢٧) سقط من : ١ .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٢/٧ .

(٣٠) في الأصل : « لهم » .

(٣١) في : ١ : « بصفته » .

الْجُمْلَةَ بِالْجُمْلَةِ ، فَيَنْصَرِفُ ^(٣٢) إِلَى مُقَابِلَةِ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ ، كَقَوْلِهِ : رَكِبَ النَّاسُ دَوَابَّهُمْ ، وَلَبَسُوا ثِيَابَهُمْ ، وَأَخَذُوا رِمَاحَهُمْ . يُرِيدُ لَيْسَ كُلُّ إِنْسَانٍ ثَوْبَهُ ، وَرَكِبَ دَابَّتَهُ ، وَأَخَذَ رُمْحَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ ^(٣٣) قَالَ : أَعْتَقُوا عِبِيدَهُمْ . كَانَ مَعْنَاهُ ، أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ عَبْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَعْلِيلٌ لِلْحُرِّيَّةِ بِمَوْتِهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنَّمَا قَالَ أَحْمَدُ : يَعْتَقُ نَصِيْبُهُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ وُجُودَ بَعْضِ الصِّفَةِ يَقُومُ مَقَامَ جَمِيعِهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْعِلَّةُ ، لَعَتَّقَ الْعَبْدُ كُلَّهُ ، لَوْ جُودَ بَعْضُ صِفَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَأَنَّا قَدْ أَبْطَلْنَا هَذَا الْقَوْلَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْقَاضِي أَنَّ لَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ قَبْلَ مَوْتِهِمَا جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَرَدْتُ أَنَّ الْعَبْدَ حُرٌّ بَعْدَ آخِرِنَا مَوْتًا . انْبَنَى هَذَا عَلَى تَعْلِيلِ الْحُرِّيَّةِ عَلَى صِفَةٍ تَوْجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ ، عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ، عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ ذَلِكَ . عَتَقَ نَصِيْبُ الْآخِرِ مِنْهُمَا بِالتَّذْيِيرِ . وَفِي سِرَائِهِ إِلَى بَاقِيهِ ، إِنْ كَانَ ثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، رَوَاتَانِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتُّ قَبْلَ شَرِيكِي ، فَنَصِيْبِي لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ مِتُّ بَعْدَهُ ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ . فَقَدْ وَصَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، وَصَارَ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ تَعْلِيلُ الْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا .

١٩٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ بَيْعُهُ فِي الدِّينِ)

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ فِي الدِّينِ . وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي دَيْنٍ يَغْلِبُ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفًا ، فَكَانَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٍ ، لَمْ يَبِعِ الْعَبْدُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَنَا أَرَى بَيْعَ الْمُدَبَّرِ فِي الدِّينِ ، وَإِذَا كَانَ فَقِيرًا لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، رَأَيْتُ أَنْ أُبَيِّعَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَدَبَاغَ الْمُدَبَّرَ ، لَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَمْلِكُ ١٩٦/١١ و

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « فَصَرَفَ » . وَفِي ب ، م : « فَيَصْرِفُ » .

(٣٣) فِي م : « إِنْ » .

شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ (١) لما علم (٢) حاجته (٣). وهذا قول إسحاق ، (٤) وأبى أيوب ، وأبى
 حيشمة (٥) ، وقال : إن باعه من غير (٦) حاجة ، أجزأه . ونقل جماعة عن أحمد ، جواز بيع
 المدبر مطلقاً ؛ في الدّين وغيره ، مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت
 أحمد عن بيع المدبر ، إذا كان بالرّجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه ، محتاجاً كان إلى
 ذلك أو غير محتاج . وهذا هو الصّحيح . وروى مثل هذا عن عائشة ، وعمر بن عبد
 العزيز ، وطاوس ، ومجاهد . وهو قول الشافعي . وكره بيعه ابن عمر ، وسعيد بن
 المسيب ، والشّعبى ، والنّخعي ، وابن سيرين ، والزّهري ، والثوري ، والأوزاعي ،
 والحسن بن صالح ، وأصحاب الرّأي ، ومالك ؛ لأن ابن عمر ، رضي الله عنهما ، روى
 أن النبي ﷺ ، قال : « لا يباع المدبر ، ولا يشتري » (٧) . ولأنه استحق العتق بموت
 سيده ، أشبه أم الولد . ولنا ، ما روى جابر ، رضي الله عنه ، أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن
 دبر ، فاحتاج ، فقال رسول الله ﷺ : « من يشتريه مني ؟ » . فباعه من نعيم بن عبد
 الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه ، وقال : « أنت أخوج منه » . متفق عليه (٨) . قال
 جابر : عبّد (٩) فبطي ، مات عام أول ، في إمارة ابن الزبير . وقال أبو إسحاق
 الجوزجاني : صحّت أحاديث بيع المدبر ، باستقامة الطّريق ، والخبر إذا ثبت استغنى
 به عن غيره من رأي الناس . ولأنه عتق بصفة ، ثبت بقول المعتق (١٠) ، فلم يمنع البيع ، كما
 لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر . ولأنه تبرّع بمال بعد الموت ، فلم يمنع البيع في
 الحياة ، كالوصية . قال أحمد : هم يقولون : من قال : غلامي حر ، رأس الشهر . فله
 بيعه قبل رأس الشهر . وإن قال : غداً . فله بيعه اليوم . وإن قال : إذا مت .

(١-١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٤١٢ .

(٣-٣) في : ١ : وأبى ثور وأبى حنيفة .

(٤) في ب : « لغير » .

(٥) انظر : ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٨/٤ . والبيهقي ، في : باب من قال : لا
 يباع المدبر ولا يشتري ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ . وانظر : إرواء الغليل ١٧٧/٦ .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في الأصل : « العتق » .

قال : لَا يَبِيعُهُ ، فالموتُ أكثرُ من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جازَ أن يَبِيعَهُ قَبْلَ رأسِ الشهرِ ، فله أن يَبِيعَهُ قَبْلَ مَجِئِ المَوْتِ ، وهم يقولون في من قال : إن مِثْ من ^(٨) مَرَضِي هذا ، فعَبْدِي حُرٌّ . ثم لم يَمُتْ من مَرَضِهِ ذلك ، فليس بشيء . وإن قال : إن مِثْ ، فهو حُرٌّ . لا يُبَاعُ . وهذا مُتَنَاقِضٌ ، إنَّما أَصْلُهُ الوَصِيَّةُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فله أن يُعَيَّرَ وَصِيَّتَهُ مادام / ١١ / ١٩٦ ط حَيًّا . فَأَمَّا خَبَرُهُمْ ، فلم يَصِحَّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إنَّما هو من قول ابن عمر . قال الطَّحَاوِيُّ : هو عن ابن عمر ، وليس بِمُسْنَدٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . ^(٩) وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بَعْدَ المَوْتِ ، أو على الاستِحْبَابِ . أَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ ، فَإِنَّ عَتَقَهَا يَثْبُتُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ سَيِّدِهَا ، وليس ^(٩) بِتَبَرُّعٍ ، ويكونُ مِنْ جميعِ المَالِ ، ولا يُمكنُ إِبْطَالُهُ بِحَالٍ ، والتَّدْبِيرُ بِخِلَافِهِ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، إنَّما بَاعَ المُدَبِّرَ عِنْدَ الْحَاجَةِ ، فلا يَتَجَاوَزُ بِهِ مَوْضِعُ الْحَاجَةِ .

١٩٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُبَاعُ المُدَبِّرَةُ فِي الدِّينِ ^(١)) . فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عُبَيْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى ، الْأُمَةُ كَالْعَبْدِ)

لَا نَعْلَمُ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ المُدَبِّرَةِ وَالْمُدَبِّرِ عَنْ غَيْرِ إِمَامِنَا ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَطَ فِي رِوَايَةِ الْمَنْعِ مِنْ بَيْعِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبَاحَةً ^(٢) فَرَجَهَا ، وَتَسْلِيطَ مُشْتَرِيهَا عَلَى وَطْئِهَا ، مَعَ وَقُوعِ الْخِلَافِ فِي بَيْعِهَا وَجَلِّهَا ، فَكِرَةُ الإِقْدَامِ عَلَى ذَلِكَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ ^(٣) فِيهِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْمَنْعَ مِنْهُ كَانَ عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، لَا عَلَى التَّحْرِيمِ الْبَاطِنِ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا قَالَ : لَا يُعْجِزُنِي بَيْعُهَا . وَالصَّحِيحُ جَوَازُ بَيْعِهَا ؛ فَإِنَّ عَائِشَةَ بَاعَتْ مُدَبِّرَةً لَهَا سَحَرَتْهَا ^(٤) . وَلِأَنَّ المُدَبِّرَةَ فِي مَعْنَى المُدَبِّرِ ، فَمَا ثَبَّتَ فِيهِ ، ثَبَّتَ فِيهَا .

(٨) في ١ : « في » .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب . وبعده في م زيادة : « إلا » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « الاختيار » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٠١ / ١٢ .

١٩٧٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، رَجَعَ فِي التَّذْيِيرِ)

وجملة ذلك ، أنَّ السَّيِّدَ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ عَتَقُهُ بِصِفَةٍ ، فَإِذَا بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَتِ الصِّفَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ^(١) التَّذْيِيرَ تَعْلِيلٌ بِصِفَةٍ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَتَبْطُلُ بِالْبَيْعِ ، وَلَا تَعُودُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِشَيْءٍ ثُمَّ بَاعَهُ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَلَمْ تَعُدْ بِشِرَائِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ عَوْدَ الصِّفَةِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لَهُ فِيهِ قَوْلَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قَالَهُ الْخُرَفِيُّ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَجَدَ فِيهِ التَّعْلِيلُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَزُولُ حُكْمُ التَّعْلِيلِ بِوُجُودِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فِيهِ ، بَلْ هُوَ جَامِعٌ لِلْأَمْرَيْنِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ وَوُجُودِ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، فَيُثْبِتُ حُكْمُهُمَا^(٢) فِيهِ .

١٩٧١ - / مسألة ؛ قال : (وَلَوْ دَبَّرَهُ ، ثُمَّ قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِي ، أَوْ قَدْ أَبْطَلْتُهُ . لَمْ يَبْطُلْ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، يَبْطُلُ التَّذْيِيرُ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي بُطْلَانِ التَّذْيِيرِ بِالرُّجُوعِ فِيهِ قَوْلًا ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالثَّانِيَةُ ، يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ نَفْسَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ وَصِيَّةً ، فَجَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ بِالْقَوْلِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بَعْدَ آخَرٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ . وَقَوْلُهُ الْجَدِيدُ كَالرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ . وَلَا يَصِحُّ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ ، وَإِنَّمَا تَحْصُلُ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ الرِّقُّ ، وَلِهَذَا لَا تَقْفُ الْحُرِّيَّةُ عَلَى قَبُولِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ ، وَتَتَنَجَّزُ عَقِيبَ الْمَوْتِ ، كَتَنَجَّزُهَا عَقِيبَ سَائِرِ الشُّرُوطِ ، وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ أَنْ يَجْمَعَ الْأَمْرَيْنِ ، فَيُثْبِتُ^(١) فِيهِ حُكْمُ التَّعْلِيلِ فِي امْتِنَاعِ الرُّجُوعِ ، وَيَجْتَمِعَانِ فِي حُصُولِ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ .

(١) سقط من : ب .

(٢) في ب ، م : « حكمها » .

(١) في ا ، ب ، م : « ثبت » .

فصل : إذا قال السيّد لمُدبّرهِ : إذا أَدَيْتَ إلى وَرَثَتِي كَذَا وكذا^(٢) ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فهو رُجوعٌ عن التَّدبِيرِ ، وَيَنْبِئُ على الرّوایتَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا^(٣) : له الرُّجوعُ بالقَوْلِ^(٤) . يَطْلُ التَّدبِيرُ هُنَا . وَإِنْ قُلْنَا : ليس له الرجوعُ . لن يُؤثِّرَ هذا^(٥) القولُ شيئاً . وَإِنْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ ، ثُمَّ رَجَعَ فِي نِصْفِهِ ، صَحَّ ، إِذَا قُلْنَا : له الرُّجوعُ فِي جَمِيعِهِ . لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ أَنْ يُدَبِّرَ نِصْفَهُ ابْتِدَاءً ، صَحَّ أَنْ يَرْجِعَ فِي تَدبِيرِ نِصْفِهِ ، وَإِنْ غَيَّرَ التَّدبِيرَ ، فَكَانَ مُطْلَقًا ، فَجَعَلَهُ مُقَيَّدًا ، صَارَ مُقَيَّدًا ، إِنْ قُلْنَا بِصِحَّةِ الرُّجوعِ^(٦) (فِي التَّدبِيرِ) ، وَإِلَّا فَلَا . وَإِنْ كَانَ مُقَيَّدًا ، فَأُطْلِقَهُ ، صَحَّ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْهَا . وَإِذَا دَبَّرَ الْأَخْرَسُ ، وَكَانَتْ إِشَارَتُهُ أَوْ كِتَابَتُهُ مَعْلُومَةً ، صَحَّ تَدبِيرُهُ . وَيَصِحُّ رُجُوعُهُ ، إِنْ قُلْنَا بِصِحَّةِ الرُّجوعِ فِي التَّدبِيرِ ؛ لِأَنَّ إِشَارَتَهُ وَكِتَابَتَهُ تَقُومُ مَقَامَ نَاطِقِ النَّاطِقِ فِي أَحْكَامِهِ . وَإِنْ دَبَّرَ ، وَهُوَ / نَاطِقٌ ، ثُمَّ صَارَ ١٩٧/١١ ظ أَخْرَسَ ، صَحَّ رُجُوعُهُ بِإِشَارَتِهِ الْمَعْلُومَةِ أَوْ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا عِبْرَةَ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ رُجُوعُهُ .

فصل : وإذا رُهِنَ المُدبِّرُ ، لم يُبْطَلْ تَدبِيرُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ ، فَإِنْ مَاتَ السَيِّدُ ، وَهُوَ رَهْنٌ ، عَتَقَ ، وَأُخِذَ مِنْ تَرِكَةِ سَيِّدِهِ قِيَمَتُهُ ، فَتَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاشَرَهُ بِالْعِتْقِ نَاجِرًا .

فصل : وَإِنْ ارْتَدَّ المُدبِّرُ ، وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، لم يُبْطَلْ تَدبِيرُهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ بَاقٍ عَلَيْهِ ، وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ^(٧) بِالْعِتْقِ وَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ ، إِنْ كَانَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ ، فَإِنْ سَبَّاهُ الْمُسْلِمُونَ ، لم يَمْلِكُوهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمَعْصُومٍ ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ ، إِنْ عُلِمَ بِهِ قَبْلَ قَسْمِهِ ، وَيُسْتَتَابُ ، فَإِنْ تَابَ ، وَإِلَّا قُتِلَ ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِهِ حَتَّى قُسِمَ ، لم يُرَدَّ إِلَى سَيِّدِهِ . فِي إِحْدَى الرّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِنْ اخْتَارَ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حُسِبَ بِهِ عَلَى آخِذِهِ ، أَخْذَهُ ،

(٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٣) فِي ب زِيَادَةٌ : « إِنْ » .

(٤) فِي م : « بِالْقَوْلِ » . تَحْرِيفٌ . وَبَعْدَهُ فِيهَا زِيَادَةٌ : « فُظَاهِرُهُ أَنَّهُ » .

(٥) سقط من : م .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ا ،

(٧) سقط من : ب .

وإن لم يَحْتَرَّ أَخْذَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . ومتى عاد إلى سَيِّدِهِ بَوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ ، عاد تَذْيِيرُهُ ، وإن لم يَعُدْ إلى سَيِّدِهِ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، كَالْوَبَيْعِ ، وَكَانَ رَقِيقًا لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ . وإن مات سَيِّدُهُ قَبْلَ سَبْيِهِ ، عَتَقَ ، فَإِنْ سُبِيَ ^(٨) بَعْدَ هَذَا ^(٩) ، لم يُرَدَّ إلى وَرَثَةِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالٍ عَنْهُ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَصَارَ كَأَحْرَارِ دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَكِنْ يُسْتَأْبُ ، فَإِنْ تَابَ وَأَسْلَمَ ، صَارَ رَقِيقًا ، يُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَّبْ ، قُتِلَ ، وَلَمْ يَجْزِ اسْتِرْقَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقْرَاؤُهُ عَلَى كُفْرِهِ . وقال القاضى : لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ إِذَا أَسْلَمَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِرْقَاقِهِ إِبْطَالَ وَلَاءِ الْمُسْلِمِ الَّذِي أَعْتَقَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا لَا يَمْنَعُ قَتْلَهُ ، وَإِذَا هَابَ نَفْسَهُ وَوَلَايَهُ ، فَلَا نَ لَا يَمْنَعُ تَمْلِكُهُ أَوَّلَى ، وَلَأنَّ الْمَمْلُوكَ الَّذِي لَمْ يَعْتَقْهُ سَيِّدُهُ ، يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ لِلْغَانِمِينَ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ مَالِكُهُ بَعَيْنَهُ ، وَيَثْبُتُ فِيهِ إِذَا قُسِمَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَالِكِهِ ، وَالْمِلْكُ آكَدُ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَلَا نَ يَثْبُتُ مَعَ الْوَلَاءِ وَحْدَهُ أَوَّلَى . فعلى هذا ، لو كان الْمُدَبَّرُ ذِمِّيًّا ، فَلَحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، / ثُمَّ قَدَّرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فَسَبَوْهُ ، مَلَكُوهُ ، وَقَسَمُوهُ . وعلى قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، لَا يَمْلِكُونَهُ ، فَإِنْ كَانَ سَيِّدُهُ ذِمِّيًّا ، جاز اسْتِرْقَاقُهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي اسْتِرْقَاقِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ . وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ عِصْمَةَ مَالِ الذَّمِّيِّ ، كِعِصْمَةِ مَالِ الْمُسْلِمِ ، بِدَلِيلِ قَطْعِ سَارِقِهِ ، سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا ، وَوُجُوبِ ضَمَانِهِ ، وَتَحْرِيمِ تَمْلِكِ مَالِهِ ، إِذَا أَخْذَهُ الْكُفَّارُ ، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَأَذْرَكَه صَاحِبُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . قال القاضى : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّ سَيِّدَهُ هَهُنَا لَوْ لَحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ ، جازَ تَمْلِكُهُ ، فَجازَ تَمْلِكُ عِتْقِهِ ، بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ . قُلْنَا : إِنَّمَا جازَ اسْتِرْقَاقُ سَيِّدِهِ ، لِزَوَالِ عِصْمَتِهِ ، وَذَهَابِ عَاصِمِهِ ، وَهُوَ ذِمَّتُهُ وَعَهْدُهُ ، وَأَمَّا إِذَا ارْتَدَّ مُدَبَّرُهُ ، فَإِنَّ عِصْمَةَ وَلَايَتِهِ ثَابِتَةٌ بِعِصْمَةِ مَنْ لَهُ وَلَاؤُهُ ، وَهُوَ وَالْمُسْلِمُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ ، فَإِذَا جازَ إِبْطَالَ وَلَاءِ أَحَدِهِمَا ، جازَ فِي الْآخَرِ مِثْلُهُ .

١٩٨/١١

فصل : فَإِنْ ارْتَدَّ سَيِّدُ ^(٩) الْمُدَبَّرِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّهُ يَكُونُ مُوقُوفًا ، فَإِنْ عادَ إِلَى الْإِسْلَامِ ، فَالتَّذْيِيرُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ ، لَمْ يَعْتَقِ الْمُدَبَّرُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ مِلْكَهُ زَالٍ بِرِدَّتِهِ . وقال أبو بكرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ

(٨-٨) في ١ : « بعدها » .

(٩) في ب ، م : « سيده » .

الله ، أَنَّ تَذْيِيرَهُ يَبْطُلُ بِالرَّدَّةِ ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ ، اسْتَأْنَفَ التَّذْيِيرَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :
التَّذْيِيرُ بَاقٍ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ تَذْيِيرَهُ سَبَقَ رَدَّتَهُ ، فَهُوَ كَبَيْعِهِ وَهَيْبَتِهِ قَبْلَ ارْتِدَادِهِ .
وَهَذَا يَنْبِئُ عَلَى الْقَوْلِ فِي مَالٍ ^(١٠) الْمُرْتَدِّ ، هَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ ، أَوْ قَدْ زَالَ بِرَدَّتِهِ ؟ وَقَدْ
ذُكِرَ فِي بَابِ الْمُرْتَدِّ ^(١١) . فَأَمَّا إِنْ دَبَّرَ فِي حَالِ رَدَّتِهِ ، فَتَذْيِيرُهُ مُرَاعَى ، فَإِنْ عَادَ إِلَى
الْإِسْلَامِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ تَذْيِيرَهُ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رَدَّتِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا ، وَلَمْ
يَعْتَقِ الْمُدَبِّرُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : تَذْيِيرُهُ بَاطِلٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ ^(١٢) الْمِلْكَ
عِنْدَهُ ^(١٣) يَزُولُ بِالرَّدَّةِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ تَمْلِيكًا ^(١٤) مُسْتَأْنَفًا .

١٩٧٢ — / مسألة ؛ قال : (وَمَا وَلَدَتِ الْمُدَبِّرَةُ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا ، فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا) ١٩٨/١١ ط

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْوَلَدَ الْحَادِثَ مِنَ الْمُدَبِّرَةِ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا ، لَا يَخْلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ
يَكُونَ مَوْجُودًا حَالَ تَذْيِيرِهَا ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَأْتِيَ بِهِ لَأَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ التَّذْيِيرِ ،
فَهَذَا يَدْخُلُ مَعَهَا فِي التَّذْيِيرِ . بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا . فَإِنْ
بَطُلَ التَّذْيِيرُ فِي الْأُمِّ ؛ لِبَيْعٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ رُجُوعٍ بِالْقَوْلِ ، لَمْ يَبْطُلْ فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِيهِ
أَصْلًا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ التَّذْيِيرِ ، فَهَذَا يَتَّبَعُ أُمَّهُ فِي التَّذْيِيرِ ، وَيَكُونُ حُكْمُهُ
كَحُكْمِهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ
مَسْعُودٍ ^(١) ، وَابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ
صَالِحٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ حَنْبَلًا نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ وَلَدَ الْمُدَبِّرَةِ
عَبْدٌ ، إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ ^(٢) الْمَوْلَى . قَالَ : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهَا ، وَلَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا .
وَهَذَا قَوْلُ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبَعُهَا .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مِلْك » .

(١١) تَقْدِمُ فِي : ٢٧٤/١٢ .

(١٢-١٣) فِي ١ : « الْمَال » .

(١٣) فِي ب ، م : « تَمْلِكَا » .

(١٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ مَنْ قَالَ : هُمْ بِمَنْزِلَتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمَصْنَفُ ٦/١٦٥ .

(٢) فِي ب ، م : « يَشْرَطُ » .

وهو اختيار المُرَبِّي ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُعْلَقٌ بِصِفَةِ ، تُثَبِّتُ بِقَوْلِ الْمُعْتِقِ وَحْدَهُ ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ عُلِقَ عِتْقُهَا بِذُخُولِ الدَّارِ . قال جابر بن زيد : إِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْحَائِطِ تَصَدَّقَتْ بِهِ إِذَا مِتَّ ، فَإِنْ ثَمَرَتْ لَكَ مَا عِشْتَ . وَلِأَنَّ التَّدْيِيرَ ^(٣) وَصِيَّةً ، وَوَلَدَ الْمُوصَى بِهَا قَبْلَ الْمَوْتِ لِسَيِّدِهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَجَابِرٍ ^(٤) ، أَنَّهُمْ قَالُوا : وَلَدَ الْمُدَبِّرَةِ بِمَنْزِلَتِهَا . وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ الْأُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَيَتَّبَعُهَا وَلَدُهَا ، كَأَمُّ الْوَلَدِ ، وَيُفَارِقُ التَّعْلِيقَ بِصِفَةِ فِي الْحَيَاةِ ، وَالْوَصِيَّةَ ، مِنْ جِهَةِ أَنَّ التَّدْيِيرَ آكَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ الْأَمْرَانِ ، وَمَا وَجَدَ فِيهِ سَبَبَانِ آكَدُ مِمَّا وَجَدَ فِيهِ أَحَدُهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَا تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، وَلَا بِالرُّجُوعِ عَنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ بَطَلَ التَّدْيِيرُ فِي الْأُمِّ لِمَعْنَى اخْتِصَّصَ بِهَا ؛ مِنْ بَيْعٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ رُجُوعٍ ، لَمْ يَبْطُلْ فِي وَلَدِهَا ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ / أُمُّهُ بَاقِيَةً عَلَى التَّدْيِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يَتَسَيَّعِ الثَّلَثُ لَهَا جَمِيعًا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَأَيُّهُمَا وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ ، عَتَقَ إِنْ احْتَمَلَهُ الثَّلَثُ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثَّلَثِ بَعْدَ عِتْقِهِ شَيْءٌ ، كُتِلَ مِنَ الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا وَأُمَةً مَعًا . وَأَمَّا الْوَلَدُ الَّذِي وَجَدَ قَبْلَ التَّدْيِيرِ ، فَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ ^(٥) فِي الْعَتَقِ الْمُنْجَزِ ، وَلَا فِي حُكْمِ الْاسْتِيلَادِ ، وَلَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَلِأَنَّ لَا يَتَّبَعُ فِي التَّدْيِيرِ أَوْلَى . قَالَ الْحَمِيمُونِي : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ قَبْلَ أَنْ تُدَبَّرَ ، يَتَّبَعُهَا ؟ قَالَ : لَا يَتَّبَعُهَا مِنْ وَلَدِهَا مَا كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ ، إِنَّمَا يَتَّبَعُهَا مَا كَانَ بَعْدَ مَا دُبِّرَتْ . وَقَالَ حَنْبَلٌ : سَمِعْتُ عُمَى يَقُولُ ، فِي الرَّجُلِ يُدَبِّرُ الْجَارِيَةَ وَلَهَا وَلَدٌ ، قَالَ : وَلَدُهَا مَعَهَا . وَجَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ هَذِهِ رِوَايَةً ، فِي أَنَّ وَلَدَهَا قَبْلَ التَّدْيِيرِ يَتَّبَعُهَا . وَهَذَا بَعِيدٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَحْمَدَ لَمْ يُرِذْ أَنَّ وَلَدَهَا قَبْلَ التَّدْيِيرِ مَعَهَا ، وَإِنَّمَا أَرَادَ وَلَدَهَا بَعْدَ التَّدْيِيرِ ، عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ؛ فَإِنْ وَلَدَهَا الْمَوْجُودُ لَا يَتَّبَعُهَا فِي عَتَقٍ ، وَلَا كِتَابَةٍ ، وَلَا اسْتِيلَادٍ ، وَلَا بَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا رَهْنٍ ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَسْبَابِ النَّاقِلَةِ لِلْمِلْكِ فِي الرِّقَبَةِ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه عن جابر وابن عمر ، البيهقي ، في : باب ما جاء في ولد المدبرة ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ١٠ / ٣١٥ . وعن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب أولاد المدبرة ، من كتاب المدبر . المصنف ٩ / ١٤٤ .

(٥) في ب : « يعتق » .

فصل : فَإِنْ عَلَّقَ عَتَقَ أُمَّتَهُ بِصَفَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ التَّعْلِيقِ ، تَبِعَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ وُجُودِ الصَّفَةِ ^(٦) ، عَتَقَ مَعَهَا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيقِ ، وَوَلَدَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ^(٧) ، لَمْ يَتَّبِعْهَا فِي الصَّفَةِ ، وَلَمْ يَعْتَقْ بِوُجُودِهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ بِهَا ، وَيَتَّبِعُ أُمَّه فِي ذَلِكَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَوَجْهُ إِتْبَاعِهِ إِيَّاهَا ، أَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُدَبَّرَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِلْكًا كَامِلًا ، وَيُسَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ، فَلَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا بِعَتَقِهَا ، كَالْمَوْصِيِّ بِعَتَقِهَا ، أَوِ الْمُوَكَّلِ فِيهِ ، وَتَفَارِقُ الْمُدَبَّرَةِ ؛ / فَإِنَّ التَّذْيِيرَ آكَدٌ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِهَذَا اخْتَلَفَ فِي جَوَازِ بَيْعِهَا ، ١٩٩/١١ ظ وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ . وَإِنْ تَسَرَّى ^(٨) بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَوَلَدَ لَهُ أَوْلَادٌ ، فَرُويَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهُ فِي التَّذْيِيرِ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَةَ التَّسَرِّيِ ^(٩) تَنْبِيْ عَلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ ، وَوَلَدَ الْحُرِّ مِنْ أُمِّهِ يَتَّبِعُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ ^(١٠) « دُونَ أُمِّهِ » ^(٩) ، كَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدَبَّرِ مِنْ أُمِّهِ يَتَّبِعُهُ ^(١١) « دُونَهَا » ، وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ مَنْ يَسْتَحِقُّ ^(١١) الْحُرِّيَّةَ مِنْ أُمِّهِ ، فَيَتَّبِعُهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلَدِ الْمُكَاتَبِ مِنْ أُمِّهِ .

فصل : وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُدَبَّرَةُ ، فَرَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الرُّجُوعِ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُتَفَصِّلَ لَا يَتَّبِعُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَلَا فِي التَّذْيِيرِ ، فَفِي الرُّجُوعِ أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهِ وَحْدَهُ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الرُّجُوعُ فِي الْأُمِّ الْمُبَاشَرَةَ بِالتَّذْيِيرِ ، فَفِي غَيْرِهَا أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، جَازٌ ، كَمَا لَوْ دَبَّرَهَا وَابْنَهَا الْمُتَفَصِّلَ . وَإِنْ دَبَّرَهَا حَامِلًا ، ثُمَّ

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) في الأصل : « اشترى » .

(٨) في الأصل : « الشراء » .

(٩-٩) في م : « دونها » .

(١٠) في الأصل : « يتبعها » .

(١١) سقط من : ب .

رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا حَالَ حَمْلِهَا ، لَمْ يَتَّبِعْهَا الْوَلَدُ فِي الرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إِعْتِنَاقٌ ، وَالْإِعْتِنَاقُ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، وَالرُّجُوعُ عَنْهُ بَعَكْسُ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَتَّبِعِ الْوَلَدُ فِيهِ . وَهَذَا كَمَا لَوْ وُلِدَ لَهُ ثَوَامَانٌ ، فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا ، لَرَمَاهُ جَمِيعًا ، وَإِنْ نَفَى أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَنْتَفِ الْآخَرُ ، وَإِنْ رَجَعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ، جَازَ ، وَإِنْ رَجَعَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ . وَإِنْ دَبَّرَ الْوَلَدُ دُونَ أُمِّهِ ، أَوِ الْأُمُّ دُونَ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَجَوَازُ أَنْ يُدَبَّرَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ أَوَّلَى ، وَلَئِنَّهُ ^(١٣) ^(١٢) تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ ^(١٣) بِصِفَةٍ ، / فَجَازَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، كَالْتَعْلِيْقِ بِدُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ دَبَّرَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِي . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِصِفَةٍ . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهِ . لَمْ يَصِحَّ لَذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْمُدَبِّرَةُ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهَا فِي وَلَدِهَا ، فَقَالَتْ : وَلَدْتُهُمْ بَعْدَ تَدْبِيرِي ، فَعَتَقُوا مَعِيَ . وَقَالَ الْوَرِثَةُ : بَلْ وَلَدْتِهِمْ ^(١٤) قَبْلَ تَدْبِيرِكَ ، فَهَمْ مَمْلُوكُونَ لَنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرِثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ رِقَّتِهِمْ ، وَانْتِفَاءُ الْحُرِّيَّةِ عَنْهُمْ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُوَافِقُ قَوْلَهُ الْأَصْلَ .

فصل : وَكَسَبُ الْمُدَبِّرِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ ^(١٥) أَخْذُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَخْرُجُ عَنْ شَرْهِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، أَوْ بِالتَّغْلِيْقِ لَهُ عَلَى صِفَةٍ ، أَوْ بِالْأَسْتِيلَادِ ، وَكُلُّ هَؤُلَاءِ كَسْبُهُمْ لِسَيِّدِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْمُدَبِّرُ . فَإِنْ اخْتَلَفَ هُوَ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهِ فِيمَا فِي يَدِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَقَالَ : كَسَبْتُهُ بَعْدَ حُرِّيَّتِي . وَقَالُوا : بَلْ قَبْلَ ذَلِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُ كَانَ رَقِيقًا لَهُمْ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعَوَاهُ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْوَرِثَةِ ، عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدَبِّرِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّخْلِ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُدَبِّرُ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي يَدِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، ثُمَّ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ

(١٢) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(١٣-١٣) في الأصل : « يتعلق للمعتق » .

(١٤) في ١ ، ب ، م : « ولدتهم » .

(١٥) في م : « وله » .

الوارث ؛ لأنَّ الأصلَ معهم . فإن أقام المُدبِّرُ بَيِّنَةً بدَّعواه ، قُبِلَتْ ، وتقدَّم على بَيِّنَةِ الوَرثة إن كانت لهم بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ المُدبِّرِ تَشْهَدُ بزيادةٍ ، وإن لم يُقرَّ المُدبِّرُ بأنَّه كان في يده في حياة سيِّده ، فأقام الورثة بَيِّنَةً به ، فهل تُسمَعُ بَيِّنَتُهُم ؟ على وَجْهَيْنِ .

١٩٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ إِصَابَةُ مُدْبِرَّتِهِ)

يَعْنِي : لَهُ وَطُوءُهَا . رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ دَبَّرَ أُمْتَيْنِ ، وَكَانَ ^(١) / يَطُوءُهُمَا ^(٢) . وَمِمَّنْ ٢٠٠/١١ ظ رَأَى ذَلِكَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالتَّحِيَّيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَ ذَلِكَ ، غَيْرَ الزُّهْرِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِنْ كَانَ يَطُوءُهَا قَبْلَ تَذْيِيرِهَا ، فَلَا بَأْسَ بِوَطْئِهَا بَعْدَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَطُوءُهَا ^(٣) قَبْلَهُ ، لَمْ يَطُأْهَا ^(٤) بَعْدَ تَذْيِيرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَمْلُوكَتُهُ ، لَمْ تَشْتَرِ نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَحَلَّ لَهُ وَطُوءُهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ^(٥) . وَكَأَمُّ الْوَلَدِ .

فصل : وَابْنَةُ الْمُدْبِرَةِ كَأُمُّهَا ؛ فِي حِلِّ وَطْئِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ أُمُّهَا . وَعَنْهُ ، ^(٦) لَيْسَ لَهُ وَطُوءُهَا ^(٧) ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ ثَبَتَ لَهَا تَبَعًا ، أَشْبَهَ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهَا تَامٌ فِيهَا ^(٨) ، فَحَلَّ لَهُ وَطُوءُهَا ؛ لِلآيَةِ ، وَكَأُمُّهَا ، وَاسْتَحْقَاقُهَا لِلْحُرِّيَّةِ لَا يَزِيدُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ أُمِّهَا ، وَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَطْأَهَا . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ ، فَأَلْحَقَتْ بِأُمِّهَا ، وَأُمُّهَا يَحْرُمُ وَطُوءُهَا ، فَكَذَلِكَ ابْنَتُهَا ، وَأُمُّ هَذِهِ يَحِلُّ وَطُوءُهَا ، فَيَجِبُ إلْحَاقُهَا بِهَا ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَطِئَ أُمُّهَا ، ^(٩) فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِذَلِكَ ^(١٠) .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب مس الرجل وليدته إذا دبرها ، من كتاب المدبر . الموطأ ٨١٤/٢ . والبيهقي ، في :

باب وطء المدبرة ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ مدبرته ، من

كتاب المدبر . المصنف ١٤٧/٩ .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل ، ١ : « التدبير » .

(٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٦) في م : « عليها » .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

١٩٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَنْكَرَ التَّذْيِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ)

وجملته أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا ادَّعَى عَلَى سَيِّدِهِ أَنَّهُ ذَبَّرَهُ ، فَدَعَا صَحِيحَةً ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَنْكَرَ التَّذْيِيرَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْكَارُ الْوَصِيَّةِ رُجُوعٌ عَنْهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، فَيَكُونُ إِنْكَارُ التَّذْيِيرِ رُجُوعًا عَنْهُ ، وَالرُّجُوعُ عَنْهُ يُبْطِلُهُ ، فِي «إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ»^(١) ، فَتَبْطُلُ الدَّعْوَى . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الدَّعْوَى صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الرُّجُوعَ عَنِ التَّذْيِيرِ لَا يُبْطِلُهُ ، وَلَوْ أَبْطَلَهُ ، فَمَا ثَبَتَ كَوْنُ الْإِنْكَارِ رُجُوعًا ، وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ الْإِنْكَارُ جَوَابًا لِلدَّعْوَى ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا إِقْرَارًا . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ السَّيِّدَ إِنْ أَقَرَّ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَلَمْ تَكُنْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، وَتُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدَانِ عَدْلَانِ ، بِإِخْلَافٍ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، وَقَالَ : أَنَا أُخْلِفُ مَعَهُ . أَوْ شَاهِدٌ وَامْرَأَتَانِ ، ففِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُحْكَمُ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِهِ الْحُرِّيَّةُ ، وَكُلُّ الْأَحْكَامِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيُطْلَعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَأَشْبَهَ التَّكَاحُ وَالطَّلَاقَ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَثْبُتُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ يَزُولُ بِهِ مِلْكُهُ عَنْ مَمْلُوكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَهَذَا أَجُودُ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِذَا تَرَادَدَتْ لِثَبَاتِ الْحُكْمِ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَهِيَ^(٢) فِي حَقِّهِ إِزَالَةُ مِلْكِهِ عَنْ مَالِهِ ، فَثَبَتَ بِهَذَا . وَإِنْ حَصَلَ بِهِ غَرَضٌ آخَرٌ لِلْمَشْهُودِ لَهُ ، فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ مِنْ ثُبُوتِهِ بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ مِمَّا يُتَشَوَّفُ إِلَيْهِ ، وَيُبْنَى^(٣) عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسَهَّلَ طَرِيقُ^(٤) إِثْبَاتِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَبْدِ^(٥) وَوَرِثَةِ السَّيِّدِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ الْخِلَافُ مَعَ السَّيِّدِ ، إِلَّا أَنَّ الدَّعْوَى صَحِيحَةٌ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الرُّجُوعَ ،

٢٠١/١١

(١-١) في ب ، م : « أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ » .

(٢) في أ ، ب : « وَهُوَ » .

(٣) في الْأَصْل : « وَيُبْنَى » .

(٤) في الْأَصْل : « طَرِيقٌ » .

(٥) في م : « الْعَبِيد » .

وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي الْعَلِيمِ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي فِعْلِ مَوْرُوْثِهِمْ ، وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي فِعْلِهِ ، وَتَجِبُ الْيَمِينُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ يَفْعَلُ الْمَوْرُوْثُ ، لَا يَفْعَلُ الْمُقَرُّ ، وَلَا النَّاكِلُ .

١٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدُهُ ، وَمَاتَ ^(١) ، وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ ^(٢) دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلُثُهُ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ ، أَوْ حَضَرَ مِنْ مَالِهِ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ مَقْدَارَ ثُلُثِهِ كَذَلِكَ ، حَتَّى ^(٣) يَعْتَقَ ^(٤) كُلَّهُ مِنْ الثَّلَاثِ ^(٥))

وجملته ^(٥) أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَمَاتَ ، وَلَهُ مَالٌ سِوَاهُ يَبْقَى بَثُلَتَى مَالِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَعْتَقِ جَمِيعَ الْعَبْدِ ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَتَلَفَ الْغَائِبُ ، أَوْ يَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ / ٢٠١/١١ ط
الَّذِينَ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، وَهُوَ شَرِيكُ الْوَرَثَةِ فِيهَا ، لَهُ ثُلُثُهَا ، وَلَهُمْ ثُلَاثُهَا ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْصَلَ عَلَى جَمِيعِهَا ، وَلَكِنَّهُ يَنْجُزُ ^(٦) عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ مَوْقُوفًا ^(٧) ؛ لِأَنَّ ثُلُثَهُ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، لِأَنَّ أَسْوَأَ الْأَحْوَالِ أَنْ لَا يَحْصَلَ مِنْ سَائِرِ الْمَالِ شَيْءٌ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، كَالْوَلَمِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ^(٨) ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى ^(٩) مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ قَدْرَ ثُلُثِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، وَقَدِمَ مِنْ ^(٩) الْغَائِبِ مِائَةٌ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الثَّانِي ، فَإِذَا قَدِمَتْ مِائَةٌ أُخْرَى ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الْبَاقِي . وَإِنْ بَقِيَ لَهُ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ مَالٌ غَائِبٌ ، لَمْ يُؤَثِّرْ بَقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ يُخْرِجُ الْمُدَبَّرَ كُلَّهُ مِنْ

(١) سقط من: الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب زيادة : « له » .

(٣) في م : « متى » . تحريف .

(٤-٤) في م : « الثلث حتى كله » .

(٥) في م : « جملة ذلك » .

(٦) في ا ، ب ، م : « يتنجز » .

(٧) في م : « موقوفين » .

(٨-٨) في الأصل : « وما أفضى » .

(٩) سقط من: الأصل .

ثَلَاثُهُ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، أَوْ يَقْدَمَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ قَدْرَ نَصَبِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَرَاثَةَ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، وَالْعَبْدُ شَرِيكُهُمْ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى شَيْءٍ ، مَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ مِثْلَاهُ . فَإِنْ تَلَفَ الْغَائِبُ ، وَيُسَسَّ مِنْ اسْتِيفَاءِ الدِّينِ ، عَتَقَ ثَلَاثُهُ حَيْثُذَ ، وَمَلَكَوا ثَلَاثِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ جَمِيعَ التَّرَكَةِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْعَبْدِ خَارِجٌ ^(١٠) مِنَ الثُّلُثِ يَقِينًا ، وَإِنَّمَا الشُّكُّ فِي الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ ، وَمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ يَقِينًا ، يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حُرًّا يَقِينًا ، لِأَنَّ التَّدْبِيرَ صَحِيحٌ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَنْفُذُ فِي الثُّلُثِ ، وَوَقَفَ هَذَا الثُّلُثُ عَنِ الْعِتْقِ ، مَعَ يَقِينِ حُصُولِ الْعِتْقِ فِيهِ ، وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لَهُ ، وَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَفْقِهِ ، لَا مَعْنَى لَهُ ، وَكَوْنُ الْوَرَاثَةِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، لِمَعْنَى اخْتِصَّ بِهِمْ ، لَا يُوجِبُ أَنْ لَا يَحْصُلَ لَهُ شَيْءٌ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ الْمَعْنَى فِيهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَبْرَأَ غَرِيمَهُ مِنْ دِينِهِ ، وَهُوَ جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ ثَلَاثِهِ وَإِنْ ^(١١) لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرَاثَةِ شَيْءٌ . وَلَوْ كَانَ الدِّينُ مُوجِبًا ، فَأَبْرَأَهُ مِنْهُ ، بَرَأَ مِنْ ثَلَاثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ اسْتِيفَاءُ الثُّلَاثِينَ إِلَى الْأَجَلِ ^(١٢) . وَلَوْ كَانَ الْغَرِيمُ مُعْسِرًا ، بَرَأَ مِنْ ثَلَاثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ الْبَاقِي إِلَى الْمَيْسَرَةِ . وَلِأَنَّ تَأْخِيرَ عِتْقِ الثُّلُثِ لَا فَائِدَةَ لِلْوَرَاثَةِ فِيهِ ، وَيُفَوِّتُ نَفْعَهُ لِلْمُدَبِّرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ كُلَّهُ ، بِقُدُومِ الْغَائِبِ ، / أَوْ اسْتِيفَاءِ الدِّينِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ الْمَوْتِ ، فَيَكُونُ كَسَبِّهِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ ، وَوُجُودِ الشَّرْطِ الَّذِي عَلَّقَ عَلَيْهِ السَّيِّدُ حُرِّيَّتَهُ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَإِنَّمَا وَقَفَنَاهُ لِلشُّكِّ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِذَا زَالَ الشُّكُّ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ زَوَالِ الشُّكِّ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ ثَلَاثَهُ رَقِيقًا ، وَلَمْ يَعْتَقْ مِنْهُ سِوَى ثَلَاثِهِ . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَالِ ، رَقٍّ مِنَ الْمُدَبِّرِ مَا زَادَ عَلَى قَدْرِ ثُلُثِ الْحَاصِلِ مِنَ الْمَالِ .

٢٠٢/١١ و

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ عَبْدَيْنِ ، وَلَهُ دَيْنٌ ، يَخْرُجَانِ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ ، عَلَى تَقْدِيرِ حُصُولِهِ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مِمَّنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرُ ثُلَاثَيْهِمَا ، وَكَانَ بَاقِيَهُ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ مَوْفُوفًا ، فَإِذَا اسْتَوْفَى مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، كَمَّلَ مِنْ عِتْقِ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرُ ثَلَاثِهِ ،

(١٠) فِي ب : « عَنْ » .

(١١) سَقَطَتْ « إِنْ » مِنْ : م .

(١٢) فِي ب : « أَجَل » .

وما فَضَّلَ عَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَعْتِقَا جَمِيعًا ، أَوْ مِقْدَارُ الثُّلُثِ مِنْهُمَا . وَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ ، لَمْ يَزِدْ ^(١٣) الْعِتْقُ عَلَى قَدَرِ ثُلُثَيْهِمَا . وَإِنْ خَرَجَ الذِّي وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثُلْثُهُ .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ مِائَةٌ دَيْنًا ، عَتَقَ ثُلْثُهُ ، وَرَقَّ ثُلْثُهُ ، وَوَقَفَ ثُلْثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الثُّلُثِ الْبَاقِي . وَإِذَا ^(١٤) كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ حَاضِرَةً مَعَ ذَلِكَ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ، وَوَقَفَ عِتْقُ ^(١٥) ثُلْثِهِ عَلَى اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : وَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، وَلَهُ مِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى أَحَدِهِمَا ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ؛ لِأَنَّ ^(١٦) حِصَّةَ الذِّي ^(١٦) عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ الْمُسْتَوْفَى ، وَيَسْقُطُ عَنِ الذِّي عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرُ حِصَّتِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ عَلَيْهِ مِائَةٌ ، كُلَّمَا اسْتَوْفَى مِنْهَا شَيْئًا ، عَتَقَ قَدْرُ ثُلْثِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى الْإِبْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ ، عَتَقَ الْمُدَبَّرُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ لَهُ ^(١٧) بِسُقُوطِهِ ^(١٨) مِنْ ذِمَّتِهِ .

فصل : فَإِنْ دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ وَمِائَتَيْنِ دَيْنًا لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلْثُهُ ، وَسَقَطَ عَنِ الْغَرِيمِ مِائَةٌ ، وَكَانَ لِلْمَوْصَى لَهُ ^(١٩) سُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْإِبْنَيْنِ / ثُلْثُهُ ، وَيَبْقَى سُدُسُ الْعَبْدِ مَوْقُوفًا ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ ٢٠٢/١١ ظ ثُلَاثًا ، وَهُوَ الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ السَّاقِطَةُ عَنِ الْغَرِيمِ ، وَثُلُثُ ذَلِكَ مَقْسُومٌ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالْوَصِيِّ نِصْفَيْنِ ، فَحِصَّةُ الْمُدَبَّرِ مِنْهُ ثُلْثُهُ ، يَعْتِقُ فِي الْحَالِ ، وَيَبْقَى لَهُ السُّدُسُ ^(٢٠) مَوْقُوفًا ، فَكُلَّمَا

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « يَجْزِ » .

(١٤) فِي ١ ، ب : « وَإِنْ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦-١٦) فِي الْأَصْلِ : « حِصَّتُهُ لِلذِّي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « بِالسَّقُوطِ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : « سُدُسٌ » .

أَقْضَى مِنَ الْمِائَةِ الْبَاقِيَةِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَيَكُونُ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْإِبْنِ^(٢١) وَالْوَصِيِّ أَثْلًا ، فَإِذَا اسْتَوْفِيَتْ كُلُّهَا ، حَصَلَ لِلإِبْنِ ثُلَاثَاهَا ، وَثُلُثُ الْعَبْدِ^(٢٢) وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَكَمَّلَ فِي الْمُدَبِّرِ عَتَقَ نِصْفَهُ ، وَحَصَلَ لِلْوَصِيِّ سُدُسُ الْعَبْدِ وَثُلُثُ الْمِائَةِ^(٢٣) ، وَهُوَ^(٢٣) قَدْرُ حَقِّهِ^(٢٣) . وَإِنْ كَانَ الدِّينُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَعْتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ إِلَّا سُدْسُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ التَّرَكَةِ هُوَ الْعَبْدُ ، وَثُلُثُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، وَالْوَصِيُّ سُدْسُهُ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سُدْسُهُ ، وَيَبْقَى ثُلُثُهُ مَوْقُوفًا ، فَكَلَّمَا أَقْضِيَ^(٢٤) مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَكَانَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ وَالْوَصِيِّ أُسْدَاسًا ؛ لِلْوَصِيِّ سُدْسُهُ ، وَلَهُمَا خَمْسَةُ أُسْدَاسِهِ ، فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ الْمِائَةِ وَثُلُثُهَا وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَعْتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ نِصْفَهُ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ .

١٩٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا دَبَّرَ قَبْلَ الْبُلُوغِ كَانَ تَذْيِيرُهُ جَائِزًا ، إِذَا كَانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ فَصَاعِدًا ، وَكَانَ يَعْرِفُ التَّذْيِيرَ . وَمَا قُلْتُهُ فِي الرَّجُلِ ، فَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُ ، إِذَا كَانَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ فَصَاعِدًا)

وجملته أَنَّ تَذْيِيرَ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ ، وَوَصِيَّتَهُ ، جَائِزَةٌ . وَهُوَ^(١) إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : هُوَ أَصَحُّ قَوْلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْبَةَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ ، كَالْمَجْنُونِ^(٢) . وَهُوَ الرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ مَالِكٍ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَذْيِيرُهُ ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ^(٣) ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ يَحْيَى^(٤)

(٢١) في م : « الإبنين » .

(٢٢-٢٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣-٢٣) في الأصل : « وقدر حصته » .

(٢٤) في الأصل : « أفضى » .

(١) في م : « وهذا » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٦ ، ١٢٧ .

وتقدم تخريجه عند مالك والبيهقي ، في : ٥٠٩/٨ .

(٤) في ب ، م زيادة : « عن » .

ابن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد ، أنَّ غلاماً من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان ، بأرض يقال لها : بئر جشم^(٥) ، فوُت بثلاثين ألفاً ، فُرِع ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابنَ عشرِ سنين ، أو اثنتي عشرة سنة . وروى أن قوماً سألو / عمر ، رضى الله عنه ، عن غلام من غسان يافع ، وصى لبنت عمه ، فأجاز عمر وصيته^(٦) . ولم نعرف له مخالفاً ، ولأنَّ صححة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين ، لأنه ما دام باقياً لا يلزمه ، فإذا مات كان ذلك صيلةً وأجرًا ، فصَحَّ ، كوصية المحجور عليه لسفه ، ويخالف العتق ، لأنَّ فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته . فأما تقييد من يصحُّ تدبيره بمن له عشر سنين^(٧) ؛ فلقول النبي ﷺ : « اضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع »^(٨) . وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر ، رضى الله عنه . واعتبر المرأة يتسع ؛ لقول عائشة ، رضى الله عنها : إذا بلغت الجارية تسع سنين ، فهي امرأة . وروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعاً^(٩) . ولأنَّ السن الذي يُمكن^(١٠) بلوغها فيه ، ويتعلّق بها^(١١) أحكام سوى ذلك .

فصل : ويصح منه الرجوع ، إن قلنا بصحة الرجوع من المكلف ؛ لأنَّ من صحَّت وصيته ، صحَّ رجوعه ، كالمكلف . وإن أراد بيع المدبر ، قام وليه في بيعه مقامه . وإن أذن له وليه في بيعه ، فباعه ، صحَّ منه .

فصل : ويصحُّ تدبير المحجور عليه لسفه ، ووصيته ؛ لما ذكرنا في الصبي . ولا تصحُّ وصية المجنون ، ولا تدبيره ؛ لأنه لا يصحُّ شيء من تصرفاته . وإن كان يُجنُّ يوماً ، ويُفيق يوماً ، صحَّ تدبيره في إفاقته .

(٥) في م : « جشم » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٠٩/٨ .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٠/٢ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٤٠٤/٩ .

(١٠) في الأصل : « يكون » .

(١١) في م : « وبه » .

فصل: وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الْكَافِرِ؛ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرِّيًّا، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ مِلْكًا صَحِيحًا، فَيَصِحُّ^(١٢) تَصَرُّفُهُ فِيهِ، كَالْمُسْلِمِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ مِلْكُهُ صَحِيحًا، لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ. قُلْنَا: هَذَا لَا يُنَافِي الْمِلْكَ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ فِي النِّكَاحِ، وَيَمْلِكُ زَوْجَتَهُ عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْ عَلَيْهِ الذِّمُّ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَضَائِهِ، أُخِذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدَرِ مَا عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ، وَحُكْمُ تَذْيِيرِهِ^(١٣) حُكْمُ تَذْيِيرِ الْمُسْلِمِ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا^(١٤). فَإِنْ أَسْلَمَ مُذْيِرُ الْكَافِرِ، أُمِرَ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ، وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ، لِقَوْلِ الْكَافِرِ مَالِكًا لِمُسْلِمٍ^(١٥)، كَبَغْيِ الْمُذْيِرِ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ، وَيُتَّفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، / أُجْبِرَ سَيِّدُهُ^(١٦) عَلَى الْإِنْفَاقِ^(١٧) عَلَيْهِ. وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ ٢٠٣/١١ ظ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَيْعَ الْمُذْيِرِ غَيْرُ جَائِزٍ، وَلِأَنَّ فِي بَيْعِهِ إِطْلَالَ سَبَبِ الْعِتْقِ، وَإِزَالَةَ غَرَضِيَّتِهِ، فَكَانَ إِبْقَاؤُهُ أَصْلَحَ، فَتَعَيَّنَ، كَأَمِّ الْوَلَدِ. فَإِنْ قُلْنَا بَيْعُهُ، فَبَاعَهُ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ. وَإِنْ قُلْنَا: يَتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ. فَإِنَّهُ يَسْتَنْبِئُ مَنْ يَتَوَلَّى اسْتِعْمَالَهُ وَاسْتِكْسَابَهُ، وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ، وَمَا فَضَّلَ فَلِسَيِّدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِنَفَقَتِهِ، فَالْبَاقِي عَلَى سَيِّدِهِ. وَإِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى الْمُخَارَجَةِ، جَازَ، وَيُتَّفَقُ عَلَى نَفْسِهِ مِمَّا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ، عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدَرِ الثَّلَاثِ، وَبِيعَ الْبَاقِي عَلَى الْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا كُفَرَاءَ. وَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ الْمَوْتِ، تُرِكَ. وَإِنْ رَجَعَ سَيِّدُهُ فِي تَذْيِيرِهِ، وَقُلْنَا بِصَحَّةِ^(١٨) الرَّجُوعِ، بَيْعَ عَلَيْهِ. وَإِنْ كَانَ الْمُذْيِرُ لِمُسْتَأْمِنٍ^(١٩)، وَأَرَادَ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ، وَلَمْ يَكُنْ أَسْلَمَ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَسْلَمَ، مُنْعَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ تَأْخُذَ حَوْلَ بَيْنِهِ وَبَيْنَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَأَوْلَى أَنْ يُمْنَعَ مِنَ التَّمَكُّنِ^(٢٠) بِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

(١٢) فِي ب، م: «فصح».

(١٣) فِي الْأَصْل: «بتذير».

(١٤) فِي أ، ب: «ذكرناه».

(١٥) فِي أ: «المسلم»، وَفِي ب، م: «للمسلم».

(١٦-١٧) فِي الْأَصْل: «بالإنفاق».

(١٧) فِي ب: «يصح».

(١٨) فِي الْأَصْل: «لمستأمن». وَفِي م: «كاستأمن».

(١٩) فِي الْأَصْل: «التمكين».

١٩٧٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا قُتِلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدُهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ)

إنما بَطَلَ^(١) تَذْيِيرُهُ بِقَتْلِهِ سَيِّدَهُ لِمَعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَصَدَ اسْتِعْجَالَ الْعِتْقِ بِالْقَتْلِ الْمُحَرَّمِ ، فَعَوَّجَ بِتَقْيِصِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ إِبْطَالُ التَّذْيِيرِ ، كَمَنْعِ الْيَرِاثِ بِقَتْلِ الْمَوْرُوثِ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ فَائِدَةٌ تَحْصُلُ بِالْمَوْتِ ، فَتَنْتَفِي بِالْقَتْلِ ، كَالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةً ، فَتَبْطُلُ بِالْقَتْلِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لَكَوْنِهِ^(٢) آكَدٌ ، فَإِنَّهَا صَارَتْ بِالْإِسْتِيلَادِ بِحَالٍ لَا يُمَكِّنُ نَقْلَ الْمِلْكِ فِيهَا بِحَالٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا ، وَلَا هَبُّهَا ، وَلَا رَهْنُهَا ، وَلَا الرُّجُوعُ عَنْ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ ، وَلَا غَيْرِهِ ، وَالْإِرْثُ نَوْعٌ مِنَ النَّقْلِ ، فَلَوْ لَمْ تَعْتَقِ^(٣) بِمَوْتِ سَيِّدِهَا^(٣) لَأَتَقَلَّ الْمِلْكُ فِيهَا إِلَى الْوَارِثِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ حُرِّيَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ الْفِعْلُ وَالْبَعْضِيَّةُ الَّتِي حَصَلَتْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَيِّدِهَا بِوَاسِطَةِ وَلَدِهَا ، وَهَذَا آكَدُ مِنَ الْقَوْلِ ، وَلِهَذَا انْعَقَدَ اسْتِيلَادُ الْمَجْنُونِ ، وَلَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقُهُ وَلَا تَذْيِيرُهُ ، وَسَرَى حُكْمُ اسْتِيلَادِ الْمُعْسِرِ إِلَى تَصْيِبِ شَرِيكِهِ ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ ، وَعَتَقَتْ^(٤) ٢٠٤/١١ وَرَأْسَ الْمَالِ ، وَالتَّذْيِيرُ لَا يَنْفَذُ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعُرْمَاءُ إِبْطَالَ عِتْقِهَا وَإِنْ كَانَ سَيِّدُهَا مُفْلِسًا ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْحُكْمِ فِي مَوْضِعٍ ، تَأْكُدُ الْحُكْمَ فِيهَا دُونَهُ ، كَمَا لَمْ يَلْزَمْ الْإِحَاقَةُ بِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي افْتَرَقَ فِيهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْقَتْلِ عَمْدًا ، أَوْ خَطَأً ، كَمَا لَا فَرْقَ بَيْنَ ذَلِكَ فِي جِرْمَانِ الْإِرْثِ ، وَإِبْطَالِ وَصِيَّةِ الْقَاتِلِ .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ جُنَايَاتِهِ ، غَيْرَ قَتْلِ سَيِّدِهِ ، فَلَا تَبْطُلُ تَذْيِيرُهُ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتْ جُنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، أَوْ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَعَفَا الْوَلِيُّ إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ ، فَمِنْ جَوَرِ بَيْعِهِ ، جَعَلَ سَيِّدُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ فَيُبَاعُ فِي الْجُنَايَةِ ، وَبَيْنَ فِدَائِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ فِي الْجُنَايَةِ فَبِيعَ فِيهَا ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، وَقَدَّاهُ بِمَا يُفْدَى بِهِ الْعَبْدُ ، فَهُوَ مُدَبِّرٌ بِحَالِهِ . وَمَنْ لَمْ يُجِزْ بَيْعَهُ ، عَيْنَ فِدَاءِهِ عَلَى سَيِّدِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَتْ الْجُنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ فِي النَّفْسِ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ

(١) فِي ب ، م : « يَبْطُلُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ا ، ب .

في الطَّرَف ، فهو مُدَبِّرٌ بِحَالِهِ . وإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ بَعْدَ جِنَايَتِهِ ، وَقَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، عَقَقَ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ أَوْ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْعِنَقِ وَجَدَتْ^(٤) فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاشَرَهُ بِهِ . فَإِنْ^(٥) كَانَ الْوَاجِبُ قِصَاصًا ، اسْتَوْفَى ، سَوَاءٌ كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى عَبْدٍ أَوْ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ اسْتَقَرَّ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ فِي حَالِ رَقِّهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِحُدُوثِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ مَالًا فِي رَقَبَتِهِ ، فُدِيَ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْمُدَبِّرِ ، فَأَرُشَ الْجِنَايَةَ لِسَيِّدِهِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِهِلَاكِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا جَعَلْتُمْ قِيمَتَهُ قَائِمَةً مَقَامَهُ ، كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ وَالْمَوْقُوفِ^(٦) إِذَا جُنِيَ عَلَيْهِ^(٧) ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ^(٨) كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَقْفِ^(٩) وَالرَّهْنِ لَازِمٌ ، فَتَعَلَّقَ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ ، وَالتَّدْبِيرُ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ . الثَّانِي ، / أَنَّ الْحَقَّ فِي التَّدْبِيرِ لِلْمُدَبِّرِ ، فَبَطَلَ حَقُّهُ بِفَوَاتِ مُسْتَحِقِّهِ ، وَالبَدَلُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، وَالْحَقُّ^(١٠) فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي الرَّهْنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَهُوَ بَاقٍ ، فَيُثْبِتُ حَقُّهُ فِي بَدَلِ مَحَلِّ حَقِّهِ^(١١) . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُدَبِّرَ إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّهُ بِوُجُودِ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَإِذَا هَلَكَ قَبْلَ سَيِّدِهِ ، فَقَدْ هَلَكَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَدَلٌ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ وَالْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِيهِمَا ، فَقَامَ بَدَلُهُمَا مَقَامَهُمَا ، وَبَيْنَ الرَّهْنِ وَالْمُدَبِّرِ فَرْقٌ رَابِعٌ ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْقِيَمَةَ ، وَلَا يُمَكِّنُ وُجُودُ^(١٢) التَّدْبِيرِ فِيهَا ، وَلَا قِيَامُهَا مَقَامَ الْمُدَبِّرِ فِيهِ ، وَإِنْ أَخَذَ عَبْدًا مَكَانَهُ ، فَلَيْسَ هُوَ الْبَدَلُ ، إِنَّمَا هُوَ بَدَلُ الْقِيَمَةِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ؛ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ رَهْنًا ، فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا يَلْزِمُ عَلَيْهِ الْمَوْقُوفُ ، فَإِنَّهُ إِذَا قُتِلَ ، أُخِذَتْ قِيمَتُهُ ، فَأَشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهُ . قُلْنَا : قَدْ حَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَالرَّهْنِ مِنَ الْوُجُودِ

(٤) سقط من : الأصل .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ثم جاء بعد قوله : « فراق اربع وهو » . الآتي ، اضطراب في النسخة .

(٨) في الأصل : « وجوب » .

الثَّلاثَةِ ، وَكَوْنُهُ لَا يَحْصُلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَقْفِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ أَنْ يَحْصُلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ بِهِ .

فصل : وإذا دَبَّرَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ ، ثُمَّ كَاتَبَهُ ، جَارَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ^(٩) ، وَأَبَى هُرَيْرَةَ ، وَالْحَسَنَ . وَلَفْظُ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ مُجَاهِدٍ ، قَالَ : دَبَّرَتْ امْرَأَةٌ مِنْ قُرَيْشٍ خَادِمًا لَهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تُكَاتِبَهُ ،^(١٠) أَقَالَ : فَكَنْتُ الرَّسُولَ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ ، فَقَالَ : كَاتِبِيهِ ، فَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ^(١١) فَذَاكَ ، وَإِنْ حَدَّثَ بِكَ حَدَثٌ ، عَتَقَ . قَالَ : وَأَرَاهُ قَالَ : عَلَى^(١٢) مَا كَانَ عَلَيْهِ لَهُ^(١٣) . وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ إِنْ كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْنَعْ الْكِتَابَةُ ، كَالَّذِي عَلَّقَ عِتْقَهُ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، لَمْ يَمْنَعْهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُ ، وَلِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَالْكِتَابَةَ سَبَبَانِ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، كَتَّذْيِيرِ الْمُكَاتِبِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ التَّذْيِيرَ يَبْطُلُ بِالْكِتَابَةِ ، إِذَا قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ كَاتَبَهُ . وَهَذَا يُخَالِفُ^(١٤) ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ فِي نَفْسِهِ . وَيُفَارِقُ / ٢٠٥/١١ وَ التَّذْيِيرُ الْوَصِيَّةُ بِهِ لِرَجُلٍ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ لَا يَتَنَافِيانِ ، إِذْ^(١٥) كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا جَمِيعًا الْعِتْقَ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، كَانَ آكَدَ لِحُصُولِهِ^(١٦) ، فَإِنَّهُ إِذَا فَاتَ عِتْقُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، حَصَلَ بِالْآخَرِ ، وَابْتِهَامًا وَجَدَ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، حَصَلَ الْعِتْقُ بِهِ ، وَمَقْصُودُ الْوَصِيَّةِ بِهِ^(١٧) وَالْكِتَابَةِ^(١٨) يَتَنَافِيانِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُرَادُّ لِلْعِتْقِ ، وَالْوَصِيَّةَ تُرَادُّ لِحُصُولِ الْمِلْكِ فِيهِ

(٩) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَكَاتِبُ مَدِيرَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٣٧٦/٦ .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَدِيرِ يَجْنِي ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَدِيرِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٣١٤/١٠ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ،

فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَكَاتِبُ مَدِيرَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٤٧٥/٦ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « بَخْلَافٌ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « إِذَا » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « بِحْصُولِهِ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

للموصى له ، ولا يجتمعان . إذا ثبت هذا ، فإنه إن أدى في حياة السيد ، صار حُرّاً بالكتابة ، وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عتق بالتدبير إن خرج من الثلث ، وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) من الكتابة بقدر ما عتق ، وكان على الكتابة فيما بقي . وإن أدى البعض ، ثم مات سيده ، عتق كله ، وسقط باقي الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) مما^(١٩) بقي من الكتابة بقدر ثلث المال ، وأدى ما بقي .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « ما » .

كتاب المُكائِبِ

الكتابُ : إعتاقُ ^(١) السيّد عبّده على مالٍ في ذمّته يُودَى مُوجَّلاً ؛ سُمِّيَتْ ^(٢) كتابَةً ؛ لأنَّ السيّدَ يَكْتُبُ بينه وبينه كتاباً بما اتَّفَقَا عليه . وقيل : سُمِّيَتْ ^(٣) كتابَةً من الكتّابِ ، وهو الضَّمُّ ؛ لأنَّ المُكائِبَ ^(٤) يَضُمُّ بعضُ النُّجُومِ إلى بعضٍ ، ومنه سُمِّيَ الحُرُزُ كتاباً ؛ لأنَّه يَضُمُّ أَحَدَ الطَّرَفَيْنِ إلى الآخرِ بحُرْزِهِ . وقال الحريرِيُّ ^(٥) :

وكاتبينَ وما حَطَّتْ أُناملُهُم حَرْفاً ولا قَرَأُوا ما حُطَّ في الكتِّ
وقال ذو الرُّمَّةِ ، ^(٦) في ذلك المعنى :

وفراء غَرْفِيَّةٍ أُنْأَى حَوَارِزُهَا مُشَلَّشِلٌ ضَيَّعَتْهُ بَيْنَها الكُتُبُ ^(٧)

يَصِفُ قُرْبَةَ يَسِيلُ الماءُ من بين حُرْزَيْها . وَسُمِّيَتْ الكُتَيْبَةُ كُتَيْبَةً لَانْضِمَامِ بَعْضِها إلى بعضٍ ، والمُكائِبُ يَضُمُّ بعضُ نُجُومِهِ إلى بعضٍ ، والنُّجُومُ ههنا الأوقاتُ الْمُخْتَلِفَةُ ؛ لأنَّ العَرَبَ كانت لا تُعْرِفُ الحِسابَ ، وإنَّما تُعْرِفُ الأوقاتَ / بَطْلُوعِ النُّجُومِ ، كما قال ٢٠٥/١١ ظ بعضهم ^(٨) :

(١) في الأصل : « عتاق » .

(٢) في ١ ، ب : « سمي » .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في الأصل : « الكاتب » .

(٥) القاسم بن علي بن محمد البصري ، صاحب المقامات ، ولد سنة ست وأربعين وأربعمائة ، وتوفى سنة ست عشرة وخمسمائة بالبصرة . وفيات الأعيان ٦٣/٤ - ٦٨ .

(٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . والبيت في ديوانه ١١/١ .

(٧) الوفراء : الواسعة . غرفية : ديفت بالغرف ، وهو شجر . أنأى خوارزها : الثأى أن تلتقى الحُرْزتان فتصيرا واحدة . المشلّشِل : الذي يكاد يتصل قَطْرُهُ . الكتِّب : الحُرْز .

(٨) الرجز غير مَعْرُوفٍ في : جمهرة اللغة ٦٢/١ ، تهذيب اللغة ١٢٦/٦ ، المخصص ١٦/٩ ، اللسان والتاج (ح ق ق) .

إِذَا سُهِّلَ أَوَّلُ اللَّيْلِ طَلَعَ فَابْنُ اللَّبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَذَعٌ^(٩)

فَسُمِّيَتِ الْأَوْقَاتُ نُجُومًا . وَالْأَصْلُ فِي الْكِتَابَةِ ؛ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ .
أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ
إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(١٠) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى^(١١) سَعِيدٌ^(١٢) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ
الرَّهْرِيِّ ، عَنْ نُبْهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ
لِأَحَدِكُمْ مَكَاتِبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُودَى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(١٣) . وَرَوَى سَهْلُ بْنُ
حَنِيفٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا ، أَوْ غَارِيًا ، أَوْ مُكَاتِبًا فِي كِتَابَتِهِ ، أَظْلَهُ
اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ »^(١٤) . فِي أَحَادِيثَ كَثِيرَةٍ سِوَاهُمَا ، وَأَجْمَعَتِ^(١٥) الْأُمَّةُ عَلَى
مَشْرُوعِيَّةِ الْكِتَابَةِ .

فصل : إِذَا سَأَلَ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ مَكَاتِبَتَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ إِجَابَتُهُ ، إِذَا عَلِمَ فِيهِ خَيْرًا ، وَلَمْ
يَجِبْ ذَلِكَ . فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ،
وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا دَعَا الْعَبْدُ
الْمُكْتَسِبَ^(١٦) الصَّدُوقَ سَيِّدَهُ إِلَيْهَا ، فَعَلَيْهِ إِجَابَتُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالضَّحَّاكِ ، وَعَمْرٍو
ابْنِ دِينَارٍ ، وَدَاوُدَ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : أَحْشَى أَنْ يَأْتِمَ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وَرَوَى أَنَّ
سَيِّدِينَ أَبَا مُحَمَّدٍ بَنِ سَيِّرِينَ ، كَانَ عَبْدًا لِأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَهُ ، فَأَبَى ، فَأَنْخَبَ

(٩) الحق من أولاد الإبل : الذي بلغ أن يركب ويحمل عليه ويضرب الناقة . والبعير يجذع لاستكمال أربعة أعوام ودخوله في
السنة الخامسة ، وهو قبل ذلك حق .

(١٠) سورة النور ٣٣ .

(١١) في ب ، م : « فما روى » .

(١٢) تقدم ترجمته ، في : ١٢٥/٩ .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٧/٣ . والبيهقي ، في : باب فضل من أعان مكاتباً في رقبته ، من كتاب

المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٠/١٠ .

(١٥) في الأصل : « واجتمعت » .

(١٦) في الأصل : « المكتتب » .

سير بن عمر بن الخطاب بذلك ، فرقع الدرّة على أنس ، وقرأ عليه : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ
الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . فكتبه أنس^(١٧) .
ولنا ، أنه إعتاق بعوض ، فلم يجب ، كالا ستسعاء ، والآية محمولة على التذنب ، وقول
عمر ، رضي الله عنه ، يخالف فعل أنس . ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب
إجابته . قال أحمد : الخير صدق ، وصلاخ ، وفاء بمال الكتابة . ونحو هذا قال إبراهيم / ، ٢٠٦/١١ و
وعمر بن دينار ، وغيرهما ، وعبارتهم في ذلك مختلفة ، قال ابن عباس : غناء^(١٨) ، وإعطاء
للمال . وقال مجاهد : غناء^(١٨) ، وأداء . وقال النخعي : صدق ، وفاء . وقال عمرو
ابن دينار : مال ، وصلاخ . وقال الشافعي : قوة^(١٩) على الكسب ، وأمانة . وهل تكره
كتابة من لا كسب له أو لا ؟ قال القاضي : ظاهر كلام أحمد كراهيته . وكان ابن عمر ،
رضي الله عنه ، يكرهه^(٢٠) . وهو قول مسروق ، والأوزاعي . وعن أحمد ، رواية أخرى ،
أنه لا يكره . ولم يكرهه الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وطائفة من أهل العلم ، لأن
جويرية بنت الحارث ، كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري ، فأتى النبي ﷺ
تستعينه في كتابتها ، فأدى عنها كتابتها ، وتزوجها^(٢١) . واحتج ابن المنذر ، بأن برة
كاتب ولا جرفة لها ، ولم يترك ذلك رسول الله ﷺ^(٢٢) . ووجه الأول ما ذكرنا في عتقه ،
وينبغي أن ينظر في المكاتب ، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع ، لعجزه عن الإنفاق

(١٧) ذكره البخاري ، في : باب إنهم من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخاري ١٩٨/٣ . وأخرجه
البيهقي ، في : باب من قال : يجب على الرجل مكاتبه ... من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . وعبد
الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧١/٨ ، ٣٧٢ .

(١٨) في ب ، م : « غنى » .

(١٩) في الأصل : « قدرة » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله تعالى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن
الكبرى ٣١٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف
٣٧٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يكتب عبده ... من كتاب البيوع والأفضية . ٢٣/٧ .

(٢١) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٧/٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٧/٦ .

(٢٢) تقدم تخرج حديث برة ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

على نفسه ، ولا يجد من يُنفق عليه ، كرهت كتابته ، وإن كان يجد من يكفيه مؤنته ، لم تُكره كتابته ؛ لحصول النفع بالحرية من غير ضرر . فأما جويرية ، فإنها كانت ذات أهل^(٢٣) ، وكانت ابنة سيد قومه ، فإذا عتقت ، رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله ﷺ ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها ، حين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجها ، وقالوا : أصهار^(٢٤) رسول الله ﷺ . فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها . وأما بريرة ، فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمُنكر^(٢٥) ، ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في كراهته^(٢٦) . قال مسروق : إذا سأل العبد مولاه الكتابة^(٢٧) ؛ فإن كان له مكسبة ، أو كان له مال ، فليُكاتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة ، فليُحسن ملكته ، ولا يُكلفه إلا طاقته .

فصل : ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه / فأما المجنون والطفل ، فلا تصح مكاتبتهما لرقبتهما ، ولا مكاتبته سيدهما لهما ، وأما الصبي المميز ؛ فإن كاتب عبده بإذن وليه^(٢٨) ، صح . ويحتمل أن لا يصح ، بناءً على قولنا : إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، ولأن هذا عقد إعتاق ، فلم يصح منه ، كالعتق^(٢٩) بغير مال ، فأما إن لم يأذن وليه فيه ، فلا يصح بحال ، وإن كاتب^(٣٠) المميز سيده ، صح . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح فيهما جميعاً بحال ؛ لأنه ليس بمُكَلَّف ، فأشبه المجنون . ولنا ، أنه يصح تصرفه^(٣١) ويُباعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك ، كالمُكَلَّف ، ودليل صحة تصرفه قول الله

(٢٣) في ب ، م زيادة : « ومال » .

(٢٤) في الأصل : « صاهر » .

(٢٥) في الأصل : « مكروه » .

(٢٦) في الأصل : « كراهيته » .

(٢٧) في ١ ، م : « المكاتبه » .

(٢٨) في الأصل : « وصيه » .

(٢٩) في ب : « كالمعتق » .

(٣٠) في م : « كان » .

(٣١) في ب زيادة : « فيه » .

تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ سَمَوْا بِأَسْمَاءِ اللَّهِ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ (٣٢) . والابتلاء الاختبار له ، بتفويض التصرف إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبد المميز المكتابة إذن له في قبولها . إذا ثبت هذا ، فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً ، فلا حكم لتصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون ، لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ؛ لأنه لا حكم لقولهما ، ولكن إن قال : إن أدتني إلى ، فأنت حران . فأدنيا ، عتقاً (٣٣) بالصفة لا بالكتابة (٣٤) ، وما في أيديهما السيد هما ، وإن لم يقل ذلك ، لم يعتق . ذكره أبو بكر . وقال القاضي : يعتقان . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الكتابة (٣٤) تتضمن معنى الصفة ، فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة ، كالوقال : إن أدتني إلى ، فأنت حر . ولنا ، أنه ليس بصفة صريحاً ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبه البيع الباطل .

فصل : وإذا كاتب الذممي عبده المسلم ، صح ؛ لأنه عقد معاوضة ، أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه (٣٥) . وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة (٣٦) ، نظر في العقد ؛ فإن كان موافقاً للشرع ، أمضاه ، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده ، وإن كانت (٣٧) كتابة فاسدة ، مثل أن يكون العوض حمراً ، أو خنزيراً ، أو غير ذلك من أنواع الفساد ، ففيه / ٢٠٧/١١ ثلاث مسائل ؛ إحداهما ، أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة (٣٦) ماضية ، والعتق حاصل ؛ لأن ما تم في حال الكفر ، لا ينقضه الحاكم ، ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده . الثانية ، تقابضا بعد الإسلام ، ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضاً ؛ لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام ، على ما سذكركه ، إن شاء الله تعالى . الثالثة ، ترافعا قبل قبض العوض الفاسد ، أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ، ويبطلها (٣٨) ؛ لأنها كتابة فاسدة ، لم

(٣٢) سورة النساء ٦ .

(٣٣) في م : « عتق » .

(٣٤) في الأصل : « بالمكاتبة » .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : « المكاتب » .

(٣٧) في ب ، م : « كاتب » .

(٣٨) في ب ، م : « يبطل » .

يَتَصِلُ بِهَا قَبْضٌ تَنْبِيْهُ بِهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ إِسْلَامِهِمَا ، أَوْ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا ، فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ التَّغْلِيْبَ لِحُكْمِ (٣٩) الْإِسْلَامِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ (٤٠) ، لَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ، وَيُودَى قِيَمَةُ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ (٤١) كَالنِّكَاحِ ، وَلَوْ أَمْهَرَهَا خَمْرًا ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، بَطَلَ الْخَمْرُ ، وَلَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَوْ عَقَدَهُ الْمُسْلِمُ كَانَ فَاسِدًا ، فَإِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، أَوْ أَحَدَهُمَا ، حُكِمَ بِفَسَادِهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحُ ، (٤٢) فِي أَنَّهُ (٤٣) لَوْ عَقَدَهُ الْمُسْلِمُ بِخَمْرٍ (٤٤) كَانَ صَحِيحًا ، وَإِنْ أَسْلَمَ مُكَاتِبٌ الدِّمِّيُّ ، لَمْ (٤٥) تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ (٤٦) ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ بِالْكِتَابَةِ عَنْ تَصَرُّفِ الْكَافِرِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ . (٥٠) وَإِنْ اشْتَرَى مُسْلِمًا ، فَكَاتَبَهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ بِهِ مِلْكٌ . وَإِنْ أَسْلَمَ عَبْدُهُ فَكَاتَبَهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، لَمْ تَصِحَّ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزُمُهُ (٤٦) إِزَالَةُ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُ الْمِلْكَ ، فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهَا عَنْ تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قَنًا ، وَأُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ (٥٠) .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ الْحَرَبِيُّ عَبْدَهُ ، صَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ دَارِ الْإِسْلَامِ (٤٧) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ (٤٨) الْمُسْلِمَ يَمْلِكُهُ (٤٨) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، / قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَوْزَنْتُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيرَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾ (٤٩) . وَهَذِهِ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِمْ (٥٠) تَقْتَضِي

ظ ٢٠٧/١١

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « بِحُكْمِ » .

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « أَسْلَمَ » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٢-٤٣) فِي ١ ، ب ، م : « فَإِنَّهُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَصَحَّ » .

(٤٤-٤٥) فِي الْأَصْلِ : « تَفْسِيخُ الْمَكَاتِبَةِ » .

(٤٥-٤٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٤٦) فِي ١ ، ب ، م : « يَلْزَمُ » .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « السَّلَامُ » .

(٤٨-٤٩) فِي ١ ، م : « لِلْمُسْلِمِ تَمْلِكُهُ » .

(٤٩) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٢٧ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

صِحَّةً أَمْلَا كِهَم ، فَتَقْتَضِي صِحَّةَ تَصَرُّفَاتِهِمْ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ دَخَلَ مُسْتَأْمِنِينَ إِلَيْنَا ، لَمْ يَتَعَرَّضْ الْحَاكِمُ لهما ، وَإِنْ تَرَفَعَا إِلَيْهِ ، نَظَرَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَتْ كِتَابَتُهُمَا صَحِيحَةً ، أَلَزَمَهُمَا حُكْمَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً ، بَيَّنَّ لهما فِسَادَهَا . وَإِنْ جَاءَ ، وَقَدْ قَهَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِنْ قَهَرَ سَيِّدَهُ مَلَكَه ، فَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ؛ لَخُرُوجِهِ ^(٥١) عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَرَدَّهُ رَقِيقًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْكُفْرِ دَارُ قَهَرٍ وَإِبَاحَةٍ ، وَلِهَذَا الْوَقْهَرُ حُرٌّ حُرًّا عَلَى نَفْسِهِ مَلَكَه . وَإِنْ دَخَلَ مَنْ غَيْرِ قَهَرٍ ، فَقَهَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ حَظَرٍ ، لَا يُؤْثَرُ فِيهَا الْقَهَرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ دَخَلَ مُسْتَأْمِنِينَ ، ثُمَّ أَرَادَا الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يُمْنَعَا . وَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ، وَأَخَذَ الْمُكَاتِبَ مَعَهُ ، فَأَبَى الْمُكَاتِبُ الرُّجُوعَ مَعَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ زَالَ سُلْطَانُهُ ^(٥٢) عَنْهُ ، وَإِنَّمَا لَهُ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ ، وَمَنْ لَهُ ذِمَّةٌ ^(٥٣) فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ بِحَقٍّ ^(٥٤) ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى السَّفَرِ مَعَهُ لِأَجْلِهِ ، وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ : إِنْ أَرَدْتَ الْإِقَامَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَتَسْتَوْفِي مَالَ الْكِتَابَةِ ، فَاعْقِدِ الذِّمَّةَ وَأَقِمْ ، إِنْ كَانَتْ مُدَّتُهَا طَوِيلَةً ، وَإِنْ أَرَدْتَ تَوْكِيلَ مَنْ يَقْبِضُ لَكَ نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، فَافْعَلْ . فَإِذَا أَدَّى نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ هُوَ مُحْخِرٌ ؛ إِنْ أَحَبَّ الْمَقَامَ ^(٥٥) فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، عَقَدَ عَلَى نَفْسِهِ الذِّمَّةَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الرُّجُوعَ ، لَمْ يُمْنَعْ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، عَادَ/رَقِيقًا ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَالْأَمَانُ لَهُ بَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَالِ ٢٠٨/١١ سَيِّدِهِ ، وَسَيِّدُهُ عَقَدَ الْأَمَانَ لِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَإِذَا انْتَقَضَ الْأَمَانُ فِي نَفْسِهِ ، بَعُودِهِ ، لَمْ يَنْتَقِضْ فِي مَالِهِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَرَبَ ، وَدَخَلَ إِلَيْنَا ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ ^(٥٦) مَلَكَه زَالَ عَنْهُ بِقَهَرِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَهَرَهُ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ . وَسَوَاءُ جَاءَنَا مُسْلِمًا أَوْ غَيْرَ

(٥١) فِي ب : « بِخُرُوجِهِ » .

(٥٢) فِي م : « مَلَكَه وَسُلْطَانَهُ » .

(٥٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : أ . وَفِي م : « حَقٌّ » .

(٥٥) فِي م : « أَنْ يَقِيمَ » .

(٥٦) فِي م : « فَإِنْ » .

مسلم . وإن جاءنا^(٥٧) بإذن سيده ، فالكتابة بحالها ؛ لأنه لم يفهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ، ثم سبى المسلمون سيده وقتل ، انتقلت الكتابة إلى ورثته ، كما لو مات حتف أنفه ، وإن من عليه الإمام ، أو فاداه ، أو هرب ، فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الإمام ، فالمكاتب موقوف ، إن عتق سيده ، فالكتابة بحالها ، وإن مات أو قتل ، فالمكاتب للمسلمين ، مبقى على ما بقى من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم ، وولأوه لهم ، وإن عجز ، فهو رقيق لهم . وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته ، أدى إلى الحاكم ، أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً ، على ما ذكرناه ، ويعتق المكاتب بالأداء ، وسيده رقيق ، لا يثبت له ولأه . قال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين . وقال القاضي : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده ، فهو له ، وإن مات على رقه ، فهو للمسلمين . وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب ، وثبت الولاء عليه ، فقال القاضي : يكون ولأوه موقوفاً ، فإن عتق السيد ، كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه ، بطل الولاء ؛ لأنه رقيق ، لا يورث ، فيبطل الولاء ، لعدم مستحقه . وينبغي أن يكون للمسلمين ؛ لأن مال من لا وارث له للمسلمين ، فكذلك الولاء . والله أعلم .

٢٠٨/١١ **فصل** : وإن كاتب / المرتد عبده ، فعلى قول أبي بكر : الكتابة باطلة ؛ لأن ملكه زال برده . وعلى الظاهر من المذهب ، كتابته موقوفة ؛ إن أسلم تبين أنها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على رده ، بطلت . وإن أدى في رده ، لم يحكم بعثته ، ويكون موقوفاً ، فإن أسلم سيده ، تبيناً صحة الدفع إليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على رده ، فهو باطل ، والعبد رقيق . وإن كاتبه ، وهو مسلم ، ثم ارتد ، وحجر عليه ، لم يكن للعبد الدفع إليه ، ويؤدى إلى الحاكم ، ويعتق بالأداء . وإن دفع إلى المرتد ، كان موقوفاً ، كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المرتد ، صحت كتابته ؛ لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى ، عتق ، وإن أسلم ، فهو على كتابته .

فصل : وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مريض الموت المخوف ، اغتبر من ثلثه ؛ لأنه يبيع ماله بماله ، فجرى مجرى الهبة ، وكذلك يثبت^(٥٨) الولاء على المكاتب ؛

(٥٧) في الأصل ، ا ، ب : « جاء » .

(٥٨) في الأصل : « ثبت » .

لِكَوْنِهِ مُعْتَقًا ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، لَزِمَتْ^(٥٩) الْكِتَابَةُ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ ، وَسَائِرُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ السَّوَارِثِ^(٦٠) ، فَإِنْ أَجَازَهَا^(٦١) ، جَازَتْ ، وَإِنْ رَدَّهَا^(٦٢) ، بَطَلَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » : تَجُوزُ الْكِتَابَةُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

١٩٧٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ ، أَوْ أَمَتُهُ عَلَى أَنْجَمٍ ، فَأُذِّيتِ الْكِتَابَةُ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ، وَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ ظَاهِرَ هَذَا الْكَلَامِ ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصِحُّ حَالَةً ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مُوَجَّلَةً مُنْجَمَةً . وَهَذَا^(١) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ / مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : تَجُوزُ حَالَةً ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى غَيْرِ ، فَإِذَا كَانَ عِوَضُهُ فِي الذِّمَّةِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ حَالًا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ^(٢) عَقَدُوا الْكِتَابَةَ ، وَلَمْ يَنْقَلْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ عَقَدَهَا حَالَةً ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ ، لَمْ يَتَّفِقْ جَمِيعُهُمْ عَلَى تَرْكِهِ ، وَلَئِنْ الْكِتَابَةُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، يَعْجِزُ عَنْ آدَاءِ عِوَضِهَا فِي الْحَالِ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ^(٣) التَّأْجِيلُ ، كَالسَّلَمِ^(٤) عِنْدَ^(٥) أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلَئِنْهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، مِنْ شَرْطِهِ ذِكْرُ

(٥٩) فِي الْأَصْلِ : « لَزِمَهُ » .

(٦٠) فِي م : « الْوَرِثَةُ » .

(٦١) فِي م : « أَجَازَتْ » .

(٦٢) فِي م : « رَدَّتْهَا » .

(١) فِي ب ، م : « وَهُوَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي أ : « شَرْطُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالسَّلَمِ » .

(٥) فِي النِّسْخِ : « عَلَى » .

العَوْضِ ، فَإِذَا وَقَعَ عَلَى وَجْهِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَأَسْلَمَ فِي شَيْءٍ لَا يُوجَدُ عِنْدَ مَحَلِّهِ ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَفِي التَّنْجِيمِ حِكْمَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، يَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتِّبِ ، وَهِيَ التَّخْفِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ مُفَرَّقًا أَسْهَلُ ، وَلِهَذَا تُقَسِّطُ^(٦) الدُّيُونُ عَلَى الْمُعْسِرِينَ عَادَةً ، تَخْفِيفًا عَلَيْهِمْ . وَالْأُخْرَى ، لِلْسَيِّدِ ، وَهِيَ أَنَّ مُدَّةَ الْكِتَابَةِ تَطُولُ غَالِبًا ، فَلَوْ كَانَتْ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ إِلَّا فِي آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ إِلَى الرَّقِّ ، وَفَانَتْ مَنَافِعُهُ فِي مُدَّةِ الْكِتَابَةِ كُلِّهَا عَلَى السَيِّدِ ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ حَصَلَ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ مُنْجَمَةً نُجُومًا ، فَعَجَزَ عَنِ النَّجْمِ الْأَوَّلِ ، فَمُدَّتْهُ يَسِيرَةٌ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ مَا بَعْدَهُ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْسَيِّدِ نَفْعٌ بِمَا^(٧) أَخَذَهُ^(٨) مِنَ النُّجُومِ قَبْلَ عَجْزِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَأَقْلَهُ نَجْمَانِ فَصَاعِدًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : مِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ : نَجْمٌ وَاحِدٌ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : نَجْمَانِ . وَنَجْمَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ ، أَتَى أَذْهَبَ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا نَجْمَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَبُّ /^{ط ٢٠٩/١١} نَجْمَيْنِ ، وَيَجُوزُ نَجْمٌ وَاحِدٌ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ ، وَإِنْ جُعِلَ الْمَالُ كُلُّهُ فِي نَجْمٍ وَاحِدٍ ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْجِيلُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ إِلَى أَجْلِ وَاحِدٍ ، كَالْمُسْلَمِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّأْجِيلِ لِيَتِمَّ كَمَنْ تَسْلِيمِ الْعَوْضِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِنَجْمٍ وَاحِدٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِيتَاءُ مِنَ الثَّانِي^(٩) . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا أَقْلُ مَا تَجُوزُ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مِنْ نَجْمَيْنِ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ . وَرَوَى عَنْ عَثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدٍ لَهُ ، فَقَالَ : لَأَعْقِبَنَّكَ^(١٠) ، وَلَأَكَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ^(١١) . وَلَوْ كَانَ يَجُوزُ أَقْلُ مِنْ هَذَا ، لَعَاقَبَهُ بِهِ فِي

(٦) فِي ١ ، م : « تَقْطُط » .

(٧) فِي ١ : « لَمَّا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « أَخَذَ » .

(٩) انظر : تلخيص الحبير ٢١٧/٤ ، حيث عزاه لابن أبي شيبة ، ولم نجده في المصنف .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « لَأَعْتَقَنَّكَ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَكَاتِبَةِ الرَّجُلِ عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

. ٣٢١ ، ٣٢٠/١٠ .

الظاهر . وفي حديث بريدة ، أنها أتت عائشة ، رضي الله عنها ، فقالت : يا أُمّ المؤمنين ، إنني كاتبٌ أهلى على تسع أواق ، في كلِّ عامٍ أوقية ، فأعينيني ^(١٢) . ولأنَّ الكتابة مُشْتَقَّةٌ من الضَّم ، وهو ضمُّ نَجْمٍ ^(١٣) إلى نَجْمٍ ^(١٤) ، فدلَّ ذلك على إفقارها إلى نَجْمَيْن . والأوَّلُ أَقْيَسُ . ولابدَّ أن تكون النُّجُومُ معلومةٌ ، ويعلم في كلِّ نَجْمٍ قَدْرُ ما يُؤدِّيهِ ، ولا يُشترطُ تساوي النُّجُومِ ، ولا قَدْرُ المؤدَّى في كلِّ نَجْمٍ . فإذا قال : كاتبُكَ على ألفٍ ، إلى عشرِ سنين ، تُؤدَّى ^(١٥) عند انقضاء كلِّ سنَّةٍ مائةٌ . أو قال : تُؤدَّى منها مائةٌ عند انقضاء خمسِ سنين ، وباقِها عند تمامِ العشرة . أو قال : تُؤدَّى في آخرِ العامِ الأوَّلِ مائةٌ ، وتسعمائةٌ عند انقضاء السنَّةِ العاشرة . فكلُّ هذا جائزٌ . وإن قال : تُؤدَّى في كلِّ عامٍ مائةٌ . جاز ، ويكون أجلُّ كلِّ مائةٍ عند انقضاء السنَّةِ . وظاهرُ قولِ القاضي ، وأصحابِ الشافعي ، أنه لا يصحُّ ؛ لأنَّه لم يبيِّن وقتُ الأداء من العام . ولنا ، أنَّ بريدة قالت : كاتبٌ أهلى على تسع أواق ، في كلِّ عامٍ أوقيةٌ . / ولأنَّ الأجلَّ إذا علّقَ بمُدَّةٍ ، تعلّقَ بأحدِ طرفيها ؛ فإن كان بحرفٍ « إلى » تعلّقَ بأوَّلِها ، كقوله : إلى شهرِ رمضان . وإن كان بحرفٍ « في » كان إلى آخرِها ؛ لأنَّه جعلَ جميعَها وقتاً لأدائها ، فإذا أدَّى في آخرِها ، كان مؤدَّياً لها في وقتها ، فلم يتعيَّن عليه الأداء قبله ، كتأدية الصلوة في آخر وقتها . وإن قال : يُؤدِّيها في عشرِ سنين . أو : إلى عشرِ سنين . لم يَجُزْ ؛ لأنَّه نجَمٌ واحدٌ . ومن أجازَ الكتابةَ على نَجْمٍ واحدٍ ، أجازَ . وإن قال : يُؤدَّى بعضها في نصفِ المُدَّةِ ، وباقِها في آخرِها . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ البعضَ مجهولٌ ، يقعُ على القليلِ والكثيرِ .

الفصل الثاني : أنه ^(١٥) إذا كاتبه على أنْجَمٍ ^(١٦) معلومةٍ ، صحَّتِ الكتابةُ ، وعَتَقَ بأدائها ، سواء نوى بالكتابة الحرِّيَّةَ أو لم ينو ، وسواء قال : فإذا أدَّيتَ إليَّ ، فأنت حرٌّ . أو لم يقل . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يعتق حتى يقول : فإذا أدَّيتَ إليَّ ، فأنت

(١٢) تقدم تخریج حديث بريدة ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١٣-١٤) سقط من : ب .

(١٤) في ب زيادة : « هذا » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في م زيادة : « مدة » .

حُرٌّ . أَوْ يَنْوِي^(١٧) بِالْكِتَابَةِ الْحُرِّيَّةِ . وَيَحْتَمِلُ فِي مَذْهَبِنَا مِثْلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْكِتَابَةِ يَحْتَمِلُ الْمُخَارَجَةَ ، وَيَحْتَمِلُ الْعِتْقَ بِالْأَدَاءِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَمْيِيزِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ ، كَكِتَابَاتِ الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُوجِبُ عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَتَثَبُّتٌ عِنْدَ تَمَامِهِ ، كَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ وَضِعَ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى لَفْظِ الْعِتْقِ وَلَا نَيْتِهِ ، كَالْتَّذْيِيرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اسْتِعْمَالِ الْكِتَابَةِ فِي الْمُخَارَجَةِ إِنْ ثَبَّتَ^(١٨) ، فَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَقُوعَ الْحُرِّيَّةِ بِهِ^(١٩) ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الصَّرِيحَةِ ، عَلَى أَنَّ اللَّفْظَ الْمُحْتَمِلَ يَنْصَرِفُ بِالْقَرَأْنِ إِلَى أَحَدِ مُحْتَمَلَيْهِ ، كَلَفْظِ التَّذْيِيرِ^(٢٠) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّذْيِيرَ^(٢١) فِي مَعَاشِيهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى .

٢١٠/١١ الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَنْتَقِ قَبْلَ أَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي عِنْدِ/بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، كَاتِبَاهُ عَلَى أَلْفٍ ، فَأَدَّى تِسْعَ مِائَةٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ . قَالَ : لَا^(٢٢) يَعْتَقُ إِلَّا نِصْفُ الْمِائَةِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِهِ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَعَائِشَةُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . رَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ^(٢٣) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَلَامٌ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَالْقُورِيُّ ، وَابْنُ شُرْمَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ . وَرَوَى سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي قَلَابَةَ ، قَالَ : كُنْتُ - أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ - لَا يَحْتَاجِينَ مِنْ مُكَاتَّبٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِينَارٌ^(٢٤) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّ ابْنَ عَمْرٍو كَاتِبٌ

(١٧) فِي ب ، م : « وَيَنْوِي » .

(١٨) فِي الْأَصْل : « يَثْبِت » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٢٠) (٢٠-٢٠) سَقَطَ مِنْ : أ ، م . نَقَلَ نَظْرًا .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، أ .

(٢٢) وَأَخْرَجَهُ عَنْهُمْ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَكَاتَّبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتَّبِ . السَّنَنُ الْكِبَرَى

٣٢٤/١٠ ، ٣٢٥ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو وَزَيْدِ وَعَائِشَةَ عَبْدِ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ عَجْرِ الْمَكَاتَّبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ

الْمَكَاتَّبِ . الْمَصْنَفُ ٤٠٨/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَكَاتَّبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ

وَالْأَقْضِيَةِ . الْمَصْنَفُ ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٣) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَكَاتَّبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتَّبِ . السَّنَنُ الْكِبَرَى ٤٢٥/١٠ .

وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ تَحْرِيْجُهُ فِي : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

غُلَامًا عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ ، فَأَدَّى إِلَيْهِ تِسْعَمِائَةِ دِينَارٍ ، وَعَجَزَ عَنْ مِائَةِ دِينَارٍ^(٢٤) ، فَرَدَّهُ ابْنُ
عَمْرِ فِي الرَّقِّ^(٢٥) . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ
الْكِتَابَةِ ، وَعَجَزَ عَنْ رُبْعِهَا ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، فَلَا يُرَدُّ إِلَى الرَّقِّ بِعَجْزِهِ عَنْهُ ،
لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ حَقِّ هَوْلِهِ ، لَأَحَقُّ لِلسَّيِّدِ ، فَلَا مَعْنَى لَتَعْجِيزِهِ فِيمَا يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . وَقَالَ
عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا أَدَّى^(٢٦) . لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ
قَالَ : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا ، أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيُودَى
الْمُكَاتَبُ بِحِصَّةِ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ ، وَمَا بَقِيَ دِيَّةَ عَبْدٍ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٨) ، وَقَالَ :
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَنْ عَمَرَ^(٢٩) ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الشَّطْرَ ، فَلَا
رَقٌّ عَلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى
قَدْرَ قِيمَتِهِ ، فَهُوَ غَرِيمٌ^(٣٠) . وَقَضَى بِهِ شُرَيْحٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، فِي الْمُكَاتَبِ : إِذَا عَجَزَ
اسْتُسْعِيَ بَعْدَ الْعَجْزِ سَنَتَيْنِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ ، ثَنَا هُشَيْمٌ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ
شُعَيْبٍ ، / عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى
مِائَةِ أَوْقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ^(٣١) عَشْرِ أَوْاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ »^(٣٢) . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ
أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْهُمٌ » . رَوَاهُ

و ٢١١/١١

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ب : « إِلَى » .

(٢٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب عجز المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٤١/١٠ .

(٢٧) تقدم في : ١٢٦/٩ . وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في المكاتب يصيب حدا أو ميراثا أو يقتل ، من كتاب
المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٦/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب .
المصنف ٤١٢/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع
والأفضية . المصنف ١٥٢/٦ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(٢٩) أخرجه البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٥/١٠ .
وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١٠/٨ ، ٤١١ . وابن أبي شيبة ،
في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٠/٦ .

(٣٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١١/٨ .

(٣١) في م : « عَلَى » .

(٣٢) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

أبو داود^(٣٣) ، ولأنه عَوْضٌ عن المُكَاتِبِ ، فلا يَتَعْتَقُ قَبْلَ أدائه ، كَالْقَدْرِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، ولأنه لو عَتَقَ^(٣٤) بعضه ، لَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كما لو بَاشَرَهُ بِالْعَتَقِ ، فَإِنَّ الْعَتَقَ لَا يَتَبَعُضُ فِي الْمَلِكِ . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى مُكَاتِبٍ لِرَجُلٍ مَاتَ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقْرَأَ أَحَدَهُمَا بِكُتَاتِيَّتِهِ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، فَأَدَّى إِلَى الْمُقَرَّرِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَهَا مِنَ الصُّورِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْقِيَاسِ . وَلَأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُم مَّكَاتِبٌ ، فَمَلَّكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(٣٥) . دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ جَمِيعِ مَا يُؤَدِّي ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ الْعَتَقُ عَلَى أدَاءِ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ جَازَ رَدُّ بَعْضِهِ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَلِلَّهِ^(٣٦) عَلَى رَدِّ رُبْعِهَا إِلَيْكَ . فَإِنَّهُ لَا يَتَعْتَقُ قَبْلَ أدَاءِ جَمِيعِهَا ، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ بَعْضِهَا .

فصل : وَتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى كُلِّ مَا لَمْ يَجُزِ السَّلَامُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ فِي الذِّمَّةِ مُوَجَّلاً فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَعَقْدِ السَّلَامِ . فَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ ، وَكَانَ فِي الْبَلَدِ تَقْدُّ وَاحِدًا ، جَازَ إِطْلَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرِفُ بِالْإِطْلَاقِ إِلَيْهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقُودٌ أَحَدُهَا أَغْلَبُ فِي الْأَسْتِعْمَالِ ، جَازَ الْإِطْلَاقُ أَيْضًا ، وَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً مُتَسَاوِيَةً فِي الْأَسْتِعْمَالِ ، وَجَبَ بَيَانُهُ بِجِنْسِهِ ، وَمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ التُّقُودِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، وَجَبَ وَصْفُهُ بِمَا يُوصَفُ بِهِ فِي السَّلَامِ . وَمَا لَا يَصِحُّ^(٣٧) السَّلَامُ فِيهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَثْبُتُ^(٣٨) / عَوْضُهُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يَجْزِ بَعُوضُ مَجْهُولٍ ، كَالسَّلَامِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ^(٣٩)

(٣٣) تقدم تخریجه ، فی : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

(٣٤) فی م : « أعتق » .

(٣٥) تقدم تخریجه ، فی : ١٢٥/٩ .

(٣٦) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(٣٧) فی الأصل ، ب ، م زیادة : « فی » .

(٣٨) فی الأصل : « فثبت » . وفي ب : « ثبت » .

(٣٩) سقط من : الأصل .

وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَعْنَى لَا يَلْحَقُهُ الْمَسْخُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ الْمُطْلَقُ عَوَضًا فِيهِ ، كَالْعَقْلِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالثَّوْبِ الْمُطْلَقِ ، وَيُفَارِقُ الْعَقْلَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ ^(٤٠) مُتَلَفٍ مُقَدَّرٍ فِي الشَّرْعِ ، وَهَهُنَا عَوَضٌ فِي عَقْدٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ الْوَاجِبَ فِي الْعَقْلِ ، لَيْسَ بِحَيَوَانٍ مُطْلَقٍ ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِجِنْسِهِ وَسِنِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ الْمُطْلَقَ لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْعَبْدِ الْمُطْلَقِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ بَدَلًا فِي مَوْضِعٍ عَلِمْنَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ صَحَّحَ الْكِتَابَةَ بِهِ ، أَوْجَبَ لَهُ عَبْدًا وَسَطًا ، وَهُوَ السَّنْدِيُّ ، وَيَكُونُ وَسَطًا مِنَ السَّنَدِيِّينَ فِي قِيَمَتِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي الصَّدَاقِ ، وَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ عَلَى حَيَوَانٍ مُطْلَقٍ غَيْرِ الْعَبْدِ ، فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَلَا عَلَى ثَوْبٍ ، وَلَا دَارٍ ، وَكَذَلِكَ ^(٤١) لَا تَجُوزُ عَلَى ثَوْبٍ مِنْ ثِيَابِهِ ، وَلَا عِمَامَةٍ مِنْ عِمَائِمِهِ ، وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَجْهُولَاتِ . وَإِنْ وَصَفَ ذَلِكَ ^(٤٢) بِأَوْصَافِهِ فِي السَّلَمِ ^(٤٣) ، صَحَّ . وَمِمَّنْ أَجَازَ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَمَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَرَزَةَ ، وَحَفْصَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : وَتَصِحُّ الْكِتَابَةُ عَلَى خِدْمَةٍ وَمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْعَوَظِينَ فِي الْإِجَارَةِ ، فَجَازَ أَنْ تَكُونَ عَوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالْأُثْمَانِ . وَيُشْتَرَطُ / الْعِلْمُ بِهَا ، كَمَا يُشْتَرَطُ فِي ٢١٢/١١ وَالْإِجَارَةِ ؛ فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الشَّهْرِ ، وَكَوْنِهِ عَقِيبَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَإِنْ عَيَّنَ الشَّهْرَ لَوْ قَتِ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ فِي الْمُحَرَّمِ عَلَى خِدْمَتِهِ فِي رَجَبٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ أَيْضًا ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْجَرَ دَارَهُ شَهْرَ رَجَبٍ فِي الْمُحَرَّمِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ عَلَى شَهْرِ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ . وَيُشْتَرَطُونَ

(٤٠) فِي مَزِيدَةٍ : « عَنْ » .

(٤١) فِي ب : « وَلَا ذَلِكَ » . وَفِي م : « وَلِذَلِكَ » .

(٤٢-٤٣) فِي م : « بِأَوْصَافِ السَّلَمِ » .

ذَكَرَ ذَلِكَ ، وَلَا يُجَوِّزُونَ إِطْلَاقَهُ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي الْإِجَارَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ الْخِلَافِ فِيهِ ، فِي بَابِ الْإِجَارَةِ^(٤٣) .^(٤٤) وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الدِّينَارِ الْمَذْكُورِ مُوَجَّلاً ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرْطٌ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ^(٤٥) . فَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدِّينَارِ بَعْدَ الشَّهْرِ يَوْمٌ أَوْ أَكْثَرُ ، صَحَّ . بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي الشَّهْرِ ، أَوْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ ، صَحَّ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ نَجْمًا وَاحِدًا . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ كُلَّهَا لَا تَكُونُ فِي وَقْتِ مَحَلِّ الدِّينَارِ ، وَإِنَّمَا يُوجَدُ جُزْءٌ مِنْهَا يَسِيرُ مُقَارِبًا لَهُ ، وَسَائِرُهَا فِي مَا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْخِدْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَضِ الْحَاصِلِ فِي ابْتِدَاءِ مُدَّتِهَا ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا جَمِيعَةً عِنْدَ الْعَقْدِ ، فَيَكُونُ مَحَلُّهَا غَيْرَ مَحَلِّ الدِّينَارِ ، وَإِنَّمَا جَازَتْ حَالَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْحُلُولِ فِي غَيْرِهَا لِأَجْلِ الْعَجْزِ عَنْهُ فِي الْحَالِ ، وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي الْخِدْمَةِ ، فَجَازَتْ حَالَةٌ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدِّينَارِ قَبْلَ الْخِدْمَةِ ، وَكَانَتِ الْخِدْمَةُ غَيْرَ مُتَّصِلَةٍ بِالْعَقْدِ ، بَحَيْثُ يَكُونُ الدِّينَارُ مُوَجَّلاً ، وَالْخِدْمَةُ بَعْدَهُ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَتِ الْخِدْمَةُ مُتَّصِلَةً بِالْعَقْدِ ، لَمْ يُتَصَوَّرْ كَوْنُ الدِّينَارِ قَبْلَهُ ، وَلَمْ تَجْزُ فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالًا ، وَمِنْ شَرْطِهِ التَّأْجِيلُ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ ، فِي مُدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، مِثْلَ أَنْ يَكَاتِبَهُ^(٤٥) عَلَى خِدْمَةِ

شَهْرٍ مُعَيَّنٍ^(٤٦) ، أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ عَلَى / نَجْمٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَا مَضَى

مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى أَتَجْمِمْ ، لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تُسْتَوْفَى فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، بِخِلَافِ الْمَالِ . فَإِنْ جَعَلَهُ عَلَى شَهْرٍ بَعْدَ شَهْرٍ ، كَأَنَّ^(٤٧) كَاتِبَهُ فِي أَوَّلِ الْحَرَمِ ، عَلَى خِدْمَةٍ^(٤٨) فِيهِ ، وَفِي رَجَبٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى نَجْمَيْنِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِي الذِّمَّةِ مَعْلُومَةٍ ، كَخِيَاطَةِ ثِيَابٍ عَيْنِهَا ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ وَصَفَهُ ، صَحَّ أَيْضًا ، إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى نَجْمَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي هَذَا الشَّهْرَ ، وَخِيَاطَةِ كَذَا عَقِيبَ الشَّهْرِ . صَحَّ . فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي شَهْرًا مِنْ وَقْتِي هَذَا ، وَشَهْرًا عَقِيبَ

(٤٣) تقدم في : ٩/٨ ، ١٠ .

(٤٤) ٤٤ - ٤٤ سقط من : الأصل .

(٤٥) في م : « كاتبه » .

(٤٦) في الأصل ، ١ : « بعينه » .

(٤٧) في الأصل ، ١ : « كأنه » .

(٤٨) في الأصل ، ١ : « خدمته » .

هذا الشهر . صَحَّ أَيْضًا . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ كَاتِبُهُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدَ ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُكَاتِبُ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ سُرِّيَّةٌ ، أَوْ وَلَدٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالتَّحَّيُّ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، فِي الْمَكَاتِبِ : مَالُهُ لَهُ . وَوَأَقْنَعَا عَطَاءً وَسُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى ، وَالتَّحَّيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، فِي الْوَلَدِ ، وَاحْتَجَّ لَهُمْ بَارَزِيُّ ابْنُ (٤٩) عَمْرٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » (٥١) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ (٥٠) : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَّائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُتَبَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥٢) . وَالْكِتَابَةُ بَيْعٌ ، وَلَئِنْ بَاعَهُ نَفْسَهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ مَعَهُ غَيْرُهُ ، كَوَلَدِهِ وَأَقَارِبِهِ ، وَلَئِنْ هُوَ وَمَالُهُ كَانَا لِسَيِّدِهِ ، فَإِذَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، بَقِيَ الْآخَرُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَالْوَبَاعَةِ لِأَجْنَبِيٍّ . وَحَدِيثُهُمْ ضَعِيفٌ ، قَدْ ذَكَرْنَا ضَعْفَهُ .

١٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ)

/ لَا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّ وَلَاءَ الْمُكَاتِبِ لِسَيِّدِهِ ، إِذَا أَدَّى إِلَيْهِ . وَهَذَا يَقُولُ ٢١٣/١١ وَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ إِنْعَامًا وَإِعْتَاقًا لَهُ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ كَانَ لِسَيِّدِهِ بِحُكْمِ مِلْكِهِ إِيَّاهُ ، فَرَضِيَ بِهِ عَوَضًا عَنْهُ ، وَأَعْتَقَ رَقَبَتَهُ عَوَضًا عَنْ مَنْفَعَتِهِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، فَكَانَ مُعْتَقًا لَهُ ، مُنْعَمًا عَلَيْهِ ، فَاسْتَحَقَّ وَلَاءَهُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (١) . وَفِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، أَنَّهَا قَالَتْ : كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تَسْنَعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أَوْقِيَّةً ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ : إِنْ شَاءَ أَهْلُكَ أَنْ أَعِدَّاهُمْ عِدَّةً وَاحِدَةً ،

(٤٩) سقط من : ب ، م .

(٥٠-٥١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥١) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٩٨ .

(٥٢) تقدم تخريجه ، في : ٢١/٦ .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وَيَكُونُ وَلَاؤُكَ لِي ، فَعَلْتُ . فَرَجَعْتُ بَرِيرَةَ إِلَى أَهْلِهَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُمْ ، فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ^(٢) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ عَلَى الْمُكَاتِبِ لِسَيِّدِهِ كَانَ مُتَقَرَّرًا عِنْدَهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَيُعْطَى مِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ الرَّبْعُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾)

الكلامُ في الإيتاءِ في خمسةِ فصولٍ ؛ وجُوبُهُ ، وَقَدْرُهُ ، وَجِنْسُهُ ، وَوَقْتُ جَوَازِهِ ، وَوَقْتُ جُوبِهِ .

أَمَّا الْأَوَّلُ : «فَإِنَّهُ يَجِبُ» ^(١) عَلَى السَّيِّدِ إِيْتَاءُ الْمُكَاتِبِ شَيْئًا مِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢) . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ بُرَيْدَةُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ بِوَاجِبٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يَجِبُ فِيهِ الْإِيْتَاءُ ، كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ ^(٣) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ ، قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي تَفْسِيرِهَا : ضَعُوا عَنْهُمْ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(٤) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مُكَاتِبَتِهِمْ شَيْئًا ^(٥) . وَتُخَالِفُ الْكِتَابَةُ سَائِرَ الْعُقُودِ ؛ فَإِنَّ الْقَصْدَ بِهَا ^(٦) الرِّفْقُ بِالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَسْتَحِقُّ بِهَا الْوَلَاءُ عَلَى الْعَبْدِ / مَعَ الْمُعَاوَضَةِ ، فَكَذَلِكَ ^(٧) يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ شَيْئًا . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ

ظ ٢١٣/١١

(٢) تقدم تخرج حديث بريرة ، في : ٣٢٥/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١-١) في الأصل ، ب : « فيجب » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ماجاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ...﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٩/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ...﴾ ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٥/٨ ، ٣٧٦ .

(٣) سورة النور ٣٣ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب ماجاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ...﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(٥-٥) في ١ ، ب : « رفق العبد » .

(٦) في ب ، م : « فلذلك » .

بالإيتاء ، إعطاؤه سَهْمًا من الصَّدَقَةِ ، أو النَّذْبِ إلى التَّصَدِّقِ عليه ، وليس ذلك بواجب ،
بدليل أنَّ العَقْدَ يُوجِبُ العَوْضَ عليه ، فكيف يَقْتَضِي إسقاطَ شيءٍ منه ؟ قلنا : أمَّا الأوَّلُ ،
فإنَّ عليًّا وابنَ عباسٍ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، فسَّراه بما ذَكَرناه ، وهما أعلمُ بتأويل القرآن ،
وحَمْلُ الأمرِ على النَّذْبِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الأمرِ ، فلا يُصَارُ إليه إلَّا بدليل . وقولهم : إنَّ
العَقْدَ يُوجِبُ عليه ، فلا يَسْقُطُ عنه . قلنا : إنَّما يَجِبُ الرِّفْقُ^(٧) به عندَ آخرِ كتابتِه ،
مُواساةً له ، وشكرًا للنِّعْمَةِ اللّهِ تعالى ، كما تَجِبُ الزَّكَاةُ مُواساةً من النِّعَمِ الَّتِي أُنْعِمَ اللهُ تعالى
بها على عبْدِه ، ولأنَّ العَبْدَ وَلِيَ جَمْعَ هذا المَالِ ، وَتَعَبَ فيه ، فَاقْتَضَى الحَالُ مُواساةً منه ، كما
أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإطعامِهِ من الطَّعَامِ الَّذِي وَلِيَ حَرَّهُ وَدُخَانَهُ^(٨) ، واختَصَّ هذا بالوُجوبِ ؛
لأنَّ فيه مُعَوْنَةً على العِتْقِ ، وإعانةً لِمَنْ يَحِقُّ على^(٩) الله تعالى عَوْنُهُ ، فإنَّ أَبَاهُ رِيْرَةً ، رَضِيَ اللهُ
عنه ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللهِ تَعَالَى عَوْنُهُمْ ؛ الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ
اللهِ ، وَالْمُكَاتَّبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ ، وَالنَّاكِحُ الَّذِي يُرِيدُ الْعِفَافَ » . أَخْرَجَهُ
التِّرْمِذِيُّ^(١٠) ، وقال : حديثٌ حسنٌ .

الفصل الثاني : في قَدْرِهِ ، وهو الرُّبْعُ . ذَكَرَهُ الخَرَفِيُّ ، وأبو بكرٍ ، وغيرُهُما من
أَصْحَابِنَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وقال قتادة : العُشْرُ . وقال الشافعي ،
وابنُ المُنْذِرِ : يُجْزَى ما يَقَعُ عليه الاسمُ . وهو قولُ مالِكٍ ، إلَّا أَنَّهُ عِنْدَهُ مُسْتَحَبٌّ ؛ لقولِ
الله تعالى : ﴿ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ . و ﴿ مِنْ ﴾ لِلتَّبْعِيضِ ، وَالْقَلِيلِ بَعْضٌ ،
فِيُكْتَفَى بِهِ . وقال ابنُ عباسٍ : ضَعُوا عَنْهُمْ / مِنْ كِتَابَتِهِمْ^(١١) شَيْئًا . ولأنَّه قد ثَبَتَ أَنَّ

٢١٤/١١ و

(٧) في م : « للرفق » .

(٨) تقدم تخريجُه ، في ٤٣٦/١١ .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) في : باب ما جاء في المجاهد والنكاح والمكاتب ... ، من أبواب فضائل الجهاد . عارضة الأحوذى ١٥٧/٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب معونة الله الناكح الذي يريد العفاف ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٠/٦ . وابن
ماجه ، في : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥١/٢ ،
٤٣٧ .

(١١) في ١ ، ب ، م : « مكاتبتهم » .

المُكَاتَّبَ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ وَجِبَ إِيْتَاوَهُ الرُّبْعُ ، لَوَجِبَ أَنْ يَعْتَقَ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ مَالٍ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدَالَهُ عَلَى خَمْسَةِ ثَلَاثِينَ أَلْفًا ، فَأَخَذَ مِنْهُ ثَلَاثِينَ ، وَتَرَكَ لَهُ خَمْسَةً^(١٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ . فَقَالَ : « رُبْعُ الْكِتَابَةِ^(١٣) »^(١٤) . وَرَوَى مَوْفُوًّا عَلَى عَلِيٍّ . وَلَئِنَّهُ مَالٌ يَجِبُ إِيْتَاوَهُ مُوَاسَاةً بِالشَّرْعِ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا ، كَالزَّكَاةِ ، وَلَئِنْ حِكْمَةُ إِجْبَاهِ الرِّفْقِ بِالْمُكَاتَّبِ ، وَإِعَانَتُهُ عَلَى تَحْصِيلِ الْعِتْقِ ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْيَسِيرِ الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ ﴾ . وَإِنْ وَرَدَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ ، فَإِنَّ السُّنَّةَ تُبَيِّنُهُ ، وَتُبَيِّنُ قُدْرَهُ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الثالث : فِي جِنْسِيهِ ، إِنْ قَبِضَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ أَعْطَاهُ مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ بِمَا وَجِبَ عَلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَسَّرُوا الْإِيْتَاءَ بِذَلِكَ ، وَلَئِنَّهُ أُبْلَغَ فِي التَّفْعِ ، وَأَعُوذُ عَلَى حُصُولِ الْعِتْقِ ، فَيَكُونُ أَفْضَلَ مِنَ الْإِيْتَاءِ ، وَتَحْصُلُ دَلَالَةُ الْآيَةِ عَلَيْهِ مِنْ طَرِيقِ التَّنْبِيهِ . وَإِنْ أَعْطَاهُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِهِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُكَاتَّبُ قَبُولَهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الْمَعْنَى بَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْ غَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِيهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَسَاوَى فِي الْأَجْزَاءِ ، وَغَيْرُ^(١٥) الْمَنْصُوصِ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ الْحَقُّ بِهِ ، وَكَذَلِكَ جَازَ الْحَطُّ ، وَلَيْسَ هُوَ بِإِيْتَاءٍ ، لَمَّا كَانَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ آتَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ ، فَيُعْطِيَهُ دَنَانِيرَ أَوْ عُرُوضًا^(١٦) ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛

ظ ٢١٤/١١

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(١٣) في الأصل : « المكاتبه » .

(١٤) تقدم ترجمته ، في حاشية ٢ ، موقوفا ، وهو في المواضع نفسها مرفوعا .

(١٥) في الأصل ، أ : « أو غير » .

(١٦) في الأصل : « عرضا » .

لأنَّه لم يُؤْتِه منه ولا من جنسِه . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّ الرَّفْقَ ^(١٧) يَحْصُلُ بِهِ .

الفصل الرابع : في وَقْتِ جَوَازِهِ ، وهو من حينِ الْعَقْدِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتَوْهُمْ ﴾ . وذلك يَحْتَاجُ إِلَيْهِ من حينِ الْعَقْدِ ، وَكَلَّمَا عَجَّلَهُ ^(١٨) كَانَ أَفْضَلَ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَنْفَعَ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الخامس : في وَقْتِ وُجُوبِهِ ، وهو حينِ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِيتَائِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ ، وَإِذَا آتَى الْمَالُ عَتَقَ ، فَيَجِبُ إِيْتَاؤُهُ حِينَئِذٍ . قَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، الْكِتَابَةُ عَلَى تَجَمُّعَيْنِ ، وَالْإِيتَاءُ مِنَ الثَّانِي ^(١٩) . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ إِيْتَائِهِ ، فَهُوَ دَيْنٌ فِي تَرِكَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، فَهُوَ كَسَائِرِ دُيُونِهِ . وَإِنْ ضَاعَتِ التَّرِكَةُ عَنْهُ وَعَنْ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ ، تَحَاصُّوا فِي التَّرِكَةِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ ، وَيُقَدَّمُ ذَلِكَ عَلَى الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، وَقَدْ قَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(٢٠) .

١٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ عَجَّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحَلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ الْأُخْذَ ، وَعَتَقَ مِنْ وَقْتِهِ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : فيما إذا عَجَّلَ الْمُكَاتِبُ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهَا . فالمنصوصُ عن أحمدَ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ قَبُولُهَا ، وَيَعْتَقُ الْمُكَاتِبُ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِيهِ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمَالِ إِلَّا عِنْدَ نُجُومِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْمُكَاتِبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ فِي مِلْكِهِ حَقٌّ / لَهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ ^(١) ، فَلَمْ يَزَلْ ، كَالْوَعْدِ عَلَى عَتَقِهِ عَلَى شَرْطٍ ^(٢) ، لَمْ يَعْتَقْ قَبْلَهُ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهُوَ مَذْهَبُ

(١٧) في ١ ، ب ، م زيادة : « به » .

(١٨) في الأصل : « أعجله » .

(١٩) تقدم في : صفحة ٤٥٠ .

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٠/٨ .

وبعده في م زيادة : « والله الموفق » .

(١) في ب : « زواله » .

(٢) في ب : « شرطه » .

الشافعي ، إلا أن القاضي قال : أطلق أحمد والخرقى هذا القول ، وهو مقيّد بما لا ضرر في قبضه قبل محله ، كالذي لا يفسد ، ولا يختلِف قديمه وحديثه ، ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه ، ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه ، فإن احتل أحد هذه الأمور ، لم يلزم قبضه ، مثل أن يكون ممّا يفسد ؛ كالعنب ، والرطب ، والبطيخ ، أو يخاف تلفه ، كالحيوان ، فإنه ربما تلف قبل المحل ، ففاته مقصوده . وإن كان ممّا يكون حديثه خيراً من قديمه ، لم يلزمه أيضاً أخذه ؛ لأنه ينقص إلى حين الحول ، وإن كان ممّا يحتاج إلى مخزن ، كالطعام والقطن ، لم يلزمه أيضاً ؛ لأنه يحتاج إلى إبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة ، فيتضرر بها ، ولو كان غير هذا ، إلا أن البلد مخوف ، يخاف نهبه ، لم يلزمه أخذه ؛ لأن في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه ، وكذلك لو سلمه إليه^(٣) في طريق مخوف ، أو موضع يتضرر قبضه فيه ، لم يلزمه قبضه ، ولم يعتق المكاتب ببدله . قال القاضي : والمذهب عندى أن فيه^(٤) تفصيلاً ، على حسب ما ذكرناه في السلم . ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضيه العقد ، ولو رضى بالتزامه . وأما ما لا ضرر في قبضه ، فإذا عجله ، لزم السيد أخذه . وذكر أبو بكر ، أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل ، اعتماداً على إطلاق أحمد القول في ذلك ، وهو ظاهر إطلاق الخرقى ؛ لما روى الأثرم ، بإسناده عن أبي بكر بن حزم ، أن رجلاً أتى عمر ، رضى الله عنه ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إنى كاتبٌ على كذا وكذا ، وإنى أيسرْتُ بالمال ، فأثبته به ، فرغم أنه لا يأخذها إلا نجوماً . فقال عمر ، رضى الله عنه : يا يرفأ ، خذ هذا المال ، فاجعله في بيت المال ، وأد إليه نجوماً في كل عام ، وقد عتق هذا . فلما رأى ذلك سيده ، أخذ المال^(٥) . / وعن عثمان بنحو هذا^(٦) . ورواه سعيد بن منصور ، في « سننه » ، عن عمر وعثمان جميعاً ، قال : حدّثنا هُشَيْمٌ ، عن ابن عَوْنٍ^(٧) ، عن محمد بن سيرين ، أن عثمان قضى بذلك . ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا قدّمه ، فقد رضى بإسقاط حقه ، فسقط ، كسائر الحقوق . فإن

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « في قبضه » .

(٥) وأخرجه البيهقي ، في : باب تعجيل الكتابة ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٥/١٠ .

(٦) في ب ، م : « عوف » .

قِيلَ : إِذَا عُلِّقَ عَتَقَ عَبْدُهُ عَلَى فِعْلٍ فِي وَقْتٍ ، فَفَعَلَهُ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : إِذَا
أَدَّيْتُ إِلَى الْفَأَى فِي رَمَضَانَ . فَأَدَّاهُ فِي شَعْبَانَ ، لَمْ يَعْتَقْ . قُلْنَا : تِلْكَ صِفَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، لَا يَعْتَقُ
إِلَّا بِوُجُودِهَا ، وَالكِتَابَةُ مُعَاوَضَةٌ يَبْرَأُ فِيهَا بِأَدَاءِ^(٧) الْعَوَضِ ، فَافْتَرَقَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ
الْعَوَضِ فِي الْكِتَابَةِ^(٨) ، عَتَقَ ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الْمَالِ فِي الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ . وَالْأَوَّلَى ،
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، فِي أَنَّ مَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، لَمْ يَلْزَمْ قَبْضُهُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ
بِبَدْلِهِ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الضَّرَرِ الَّذِي لَمْ يَفْتَضِهِ الْعَقْدُ ، وَخَبَرُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَا دَلَالَهَ فِيهِ
عَلَى وَجُوبِ قَبْضِ مَا فِيهِ ضَرَرٌ ، وَلَأنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : لَوْ لَقِيَهِ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ نُجُومَ
الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضَهَا ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَخْذِهَا لَضَرَرٍ فِيهِ ، مِنْ خَوْفٍ ، أَوْ مُؤْنَةٍ حَمِلَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
قَبُولُهُ ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَزِمَهُ قَبْضُهُ . كَذَا هُنَا . وَكَلَامُ
أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ وَأَبِي
بَكْرٍ .

فصل : وَإِذَا أَحْضَرَ الْمُكَاتِبُ مَالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بَعْضَهُ ، لِيُسَلِّمَهُ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : هَذَا
حَرَامٌ ، أَوْ غَضَبٌ ، لَا أَقْبَلُهُ مِنْكَ . سَأَلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ أَقْرَبَهُ ، لَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدُ قَبُولُهُ ؛
لأنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَخْذُ الْمُحَرَّمِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، وَكَانَتْ لِلْسَّيِّدِ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
قَبُولُهُ ، وَتُسَمَّعُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأنَّ لَهُ حَقًّا فِي أَنْ لَا يَقْتَضِيَ دَيْنَهُ مِنْ حَرَامٍ ، وَلَا^(٩) يَأْمُنُ^(١٠) أَنْ يَرْجِعَ
صَاحِبُهُ / عَلَيْهِ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ ،
لَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدُ قَبُولَهُ أَيْضًا ، وَإِنْ حَلَفَ ، قِيلَ لِلْسَّيِّدِ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَهُ لِيَعْتَقَ .
فَإِنْ قَبِضَهُ ، وَكَانَ تَمَامَ كِتَابَتِهِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ مُطْلَقًا ، لَمْ يُمْتَنَعْ مِنْهُ ؛
لأنَّهُ لَا^(١١) يُقْرَبُ بِهِ لِأَحَدٍ ، وَإِنَّمَا تَحْرِيمُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ غَضَبُهُ مِنْ
فُلَانٍ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ^(١٢) ؛ لِأنَّ قَوْلَهُ : وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُكَاتِبِ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِأَدَائِهَا » .

(٨) فِي م : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ لَا » .

(١٠) فِي م زِيَادَةً : « مِنْ » .

(١١) فِي ١ ، ب : « لَمْ » .

(١٢) فِي م زِيَادَةً : « إِنْ ادَّعَاه » .

نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ : هَذَا حُرٌّ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ مِنَ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، لَزِمَتْهُ حُرِّيَّتُهُ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ^(١٣) ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ عَلَيْهِ حَقٌّ . وَإِنْ لَمْ يُبْرِئْهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ ، كَانَ لَهُ دَفْعُ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَيُطَالِبُهُ بِقَبْضِهِ ، فَيُثْبِتُ الْحَاكِمُ فِي قَبْضِهِ عَنْهُ ، وَيَعْتَقُ الْعَبْدَ ، كَمَا رَوَيْنَاهُ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ ، فِي قَبْضِهِمَا مَالِ الْكِتَابَةِ حِينَ امْتَنَعَ الْمُكَاتِبُ مِنْ قَبْضِهِ .

فصل : وإذا كاتبه على جنس ، لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير ، لم يلزمه قبض دراهم ، ولا عرض ، وإن كاتبه على دراهم ، لم يلزمه أخذ الدنانير ، ولا العروض . وإن كاتبه على عرض موصوف ، لم يلزمه قبض غيره . وإن كاتبه على نقد ، فأعطاه من جنسه خيرًا منه ، وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه ، لزمه أخذه ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْفِقُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ الَّتِي يَنْفِقُ فِيهَا مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِيهِ ضَرَرًا .

الفصل الثاني : إذا ملك ما يؤدى ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى . روى ذلك عن عمر ، وابنه ، وزيد ، وعائشة ، رضى الله عنهم ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ^(١٤) . وهو قول / أكثر أهل العلم ، وعن أحمد ، رضى الله عنه ، رواية أخرى ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدَّى ، عَتَقَ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ ، قَالَ^(١٥) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ نُبَهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدَّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١٦) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَأَمْرُهُنَّ بِالْحِجَابِ بِمُجَرَّدِ مَلِكِهِ لِمَا يُؤَدِّيهِ ، وَلَأنَّهُ مَالِكٌ لَوْفَاءٍ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَّاهُ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يَصِيرُ حُرًّا بِمِلْكِ الْوَفَاءِ ، فَمَتَى امْتَنَعَ مِنْهُ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَإِنْ هَلَكَ مَا فِي يَدَيْهِ^(١٧) قَبْلَ

(١٣) في م زيادة : « حين امتنع المكاتب من قبضه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٢ .

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(١٧) في الأصل : « يده » .

الأداء ، صار دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وقد صار حُرًّا . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمٌ » ^(١٨) . وقوله : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ » . رواه سعيد ^(١٩) . وفي رواية : « مَنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ » . أو قال : « إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ ، ثُمَّ عَجَزَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » . رواه التِّرْمِذِيُّ ^(٢٠) ، وقال : هذا حديثٌ حسنٌ ^(٢١) غريبٌ . ولأنَّه عَتَقَ غُلُقَ بَعُوضٍ ، فلم يَعْتَقْ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كما لو قال : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَى أَلْفَا ^(٢٢) ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فعلى هذه الرواية ، إنَّ أَدَى عَتَقَ ، وإن لم يُؤدِّ لم يَعْتَقْ . فإن اِمْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، فقال أبو بكرٍ : يُؤدِّيهِ الْإِمَامُ مِنْهُ ، ولا يكون ذلك عَجْزًا ، ولا يَمْلِكُ السَّيِّدُ الْفَسْخَ . وهو قولُ أَيْ حَنِيفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُؤدِّ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ . إنَّ أَحَبَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا لَمْ يُؤدِّ نَجْمًا ، حَتَّى حَلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ . إنَّ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتَبٍ . ونحوه قال الشافعي / ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إن شاء عَجَزَ نَفْسَهُ ، وَاِمْتَنَعَ مِنْ ^(٢٣) الْأَدَاءِ . وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُجْبَرُ عَلَى اكْتِسَابِ مَا يُؤدِّيهِ فِي الْكِتَابَةِ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ ^(٢٤) قَدْ ثَبَتَ لِلْعَبْدِ ^(٢٥) اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ بِمِلْكِهِ مَا يُؤدِّي ، فلم يَمْلِكْ إِبْطَالُهَا ، كما لو أَدَى . فَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ أَدَائِهِ ، جاز تَعَجُّيزُهُ ^(٢٦) . واستَرْقَاقُهُ . وَجْهًا وَاحِدًا .

١٩٨٢ — مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَمَاتَ وَفِي يَدِهِ وَفَاءٌ وَفَضْلٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقَى لَوَرَثَتِهِ)

يَحْتَمِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا قَبْلَهَا ، فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِمِلْكِهِ مَا يُؤدِّي . فَقَدْ

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢-٢٣) في م : « يثبت للعقد » .

(٢٣) في ب ، م : « بمعجزه » .

مات رَقِيقًا ، فَأَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ عَتَقَ بِمَلِكٍ مَا يُؤَدَّى . فَقَدْ مَاتَ حُرًّا ، وَعَلَيْهِ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَهُ عَلَيْهِ ، وَالْبَاقِي لَوَرَّثَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَنْفَسَخَ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِهِ ، وَبَعُوثُ عَبْدًا ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِ ، وَزَيْدٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ^(١) . وَبِهِ قَالَ إِبْرَاهِيمُ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَفَتَادَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي التِّي قَبْلَهَا ، وَلِأَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْفَسَخَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، وَلِأَنَّهُ عَتَقَ عُلُقَ بَشَرٍ مُطْلَقٍ ، فَيَنْقَطِعُ بِالْمَوْتِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنَّ ^(٢) أَذَيْتَ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَعْتَقُ ، وَبَعُوثُ حُرًّا ، وَلِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَمَا فَضَّلَ لَوَرَّثَتِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمَعَاوِيَةَ ^(٣) . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَطَاوُسٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : يَكُونُ حُرًّا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ حَيَاتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . / وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، مَا قَدَّمْنَا لَهَا ^(٤) فِي التِّي قَبْلَهَا ، وَلِأَنَّهَا مُعَاوِضَةٌ لَا تَنْفَسَخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ ، فَلَا تَنْفَسَخُ بِمَوْتِ الْآخَرِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ أَحَدًا مَنْ تَمَّتْ بِهِ الْكِتَابَةُ ^(٥) ، فَلَمْ تَنْفَسَخْ بِمَوْتِهِ كَالسَّيِّدِ . وَالْأُولَى أَوْلَى . وَتَفَارِقُ الْكِتَابَةُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بَعَيْنِهِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخْ بِتَلْفِهِ ، وَالْمُكَاتَبُ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وَالْعَقْدُ مُتَعَلِّقٌ ^(٦) بَعَيْنِهِ ، فَإِذَا تَلَفَ قَبْلَ تِمَامِ ^(٧)

(١) وأخرجه عنهم البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤١٦/٦ . وأخرجه عن زيد ، عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب وله ولد أحرار ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩٢/٨ .

(٢) في ١ ، م : « إذا » .

(٣) أخرجه عنهم عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب ... ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩١/٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ . وأخرجه ، عن علي ومعوية ، البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٢ ، ٣٣١/١٠ . وعن ابن مسعود ، ابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤١٥/٦ - ٤١٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ب ، م : « كتابة » .

(٦) في م : « يتعلق » .

(٧) في ب : « إتمام » .

الأداء ، انفسخ العقد ، كما لو تَلَفَ المَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، ولأنَّه مات قبل وجود شرط حرَّيته ، ويتعذر وجودها^(٨) بعد موته .

فصل : وإن^(٩) مات ولم يُخْلَفْ وُفَاءً ، فلا خلاف في المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ، ويموت عبداً ، وما في يده لسيده . وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار ، إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أي بكرٍ والقاضي ومن وافقهما ، فإنه يموت حراً ، في مقتضى قولهم . وقال مالك : إن كان له ولد حرٌّ ، انفسخت الكتابة ، وإن كان مملوكاً^(١٠) في كتابته ، أُجبر على دفع المال^(١١) إن كان له مالٌ ، وإن لم يكن له مالٌ ، أُجبر على الاكتساب والأداء . وقد روى عن عليٍّ ، رضي الله عنه ، أنه يعتق منه بقدر ما أدى^(١٢) . وروى عن ابن عباسٍ ، رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ ، قال : « إذا أصاب المكاتب حداً ، أو ميراثاً ، ورث بقدر ما أدى ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى »^(١٣) . وعن عمر ، وعليٍّ ، والنخعي : إذا أدى الشطر ، فلا رق عليه^(١٤) . وقال ابن مسعود : إذا أدى قدر قيمته ، فهو غريم^(١٥) . وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها^(١٦) فيما تقدم بما أغنى عن إعادته ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛ لأنها عقد لازمٌ ، فلم تنفسخ بالجنون ، كالرهن ، وفارق الموت ؛ / لأنَّ العقد على العَيْنِ ، والموت يفوت العَيْنَ ، بخلاف الجنون ، ولأنَّ القصد من الكتابة العتق ، والموت يُنافيه ، ولهذا لا يصحُّ عتق الميت ،

(٨) في م : « وجوده » .

(٩) في م : « وإذا » .

(١٠) في ب ، م : « له مملوك » .

(١١) في م زيادة : « كله » .

(١٢) تقدم في : ١٢٦/٩ ، صفحة ٤٥٣ .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(١٤) تقدم في : ١٢٦/٩ ، وتقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٣ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٣ .

(١٦) سقط من : الأصل ، ١ .

والمَجْنُونُ لا يُنَافِيهِ ؛ بدليل صِحَّةِ عَتَقِ الْمَجْنُونِ . فعلى هذا ، إن أَدَّى إِلَيْهِ الْمَالُ ، عَتَقَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَقْبَضَ مِنْهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَالَ مِنْ يَدِهِ ، فَيَتَصَمَّنُ ذَلِكَ بَرَاءَتَهُ مِنَ الْمَالِ ، فَيَعْتَقُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ ^(١٧) ، كَانَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يُحْضِرَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَتَثْبُتُ الْكِتَابَةُ بِالْبَيِّنَةِ ، فَيُبْحَثُ الْحَاكِمُ عَنْ مَالِهِ ، فَإِنْ وَجَدَهُ مَالًا ، سَلَّمَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، جَعَلَ لَهُ أَنْ يَعْمَرَهُ ، وَيُلْزِمَهُ الْإِثْفَاقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادِقُنَا ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالًا يَفِي بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَبْطَلَ فَسَخَ السَّيِّدَ ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ ^(١٨) بَانَ بِخِلَافٍ مَا حَكَمَ بِهِ ، فَبَطَلَ حُكْمُهُ ، كَمَا إِذَا أَخْطَأَ النَّصَّ وَحَكَمَ بِالْاجْتِهَادِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى السَّيِّدِ مَا أَنْفَقَهُ مِنْ حِينَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فِي الْبَاطِلِ . وَإِنْ أَفَاقَ ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، بَطَلَ أَيْضًا فَسَخُ السَّيِّدِ ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَعَ عِلْمِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِذَلِكَ ، فَلَمْ يَرْجَعْ بِهِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَحْلِفَ السَّيِّدُ الْحَاكِمَ ، أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى مَالَ الْكِتَابَةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَصْحَابُنَا ، وَهُوَ حَسَنٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٩) يَحْتَمِلُ أَنَّهُ اسْتَوْفَاهُ ، وَالْمَجْنُونُ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَيَدَّعِيهِ ، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي اسْتِحْلَافِهِ عَلَيْهِ .

فصل : وَقَتْلُ الْمُكَاتِبِ كَمَوْتِهِ ، فِي انْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا مِنَ الْخِلَافِ ،
سواء كان القاتل السَّيِّدَ أَوِ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَا قِصَاصَ عَلَى قَاتِلِهِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْهَمٌ . فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ سَيِّدَهُ وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَادَ مَا فِي يَدِهِ / إِلَى سَيِّدِهِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوَجَبَ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْقَاتِلُ لَا يَسْتَحِقُّ بِالْقَتْلِ شَيْئًا مِنْ تَرَكَةِ الْمَقْتُولِ . قُلْنَا : هَهُنَا لَا يَرْجَعُ إِلَيْهِ مَالُ الْمُكَاتِبِ مِيرَاثًا ، بَلْ بِحُكْمِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، لَزَوَالِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ الْقَاتِلُ الْمِيرَاثَ خَاصَّةً ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، إِذَا قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، حُلَّ دَيْنُهُ ، فِي ^(٢٠) رِوَايَةٍ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا

ظ ٢١٨/١١

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : « الباطل » . تحريف .

(١٩-١٩) سقط من : م .

(٢٠) في ب ، م : « وفي » .

عَتَقْتُ . وإن كان المُكاتبُ قد حَلَفَ وفاءً ، وقُلنا : إِنَّ الكِتابةَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ . فَالحُكْمُ كَذَلِكَ . وإن قُلنا : لا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ ^(٢١) . فله القِيَمَةُ على سَيِّدِهِ ، تُصَرَّفُ إلى وَرَثَتِهِ ، كما لو كانت الجِنَايةُ على بعضِ أطرافِهِ في حَيَاتِهِ . فإن كان الوفاءُ يَحْصُلُ بِإِجَابِ القِيَمَةِ ، ولا يَحْصُلُ بِدُونِهَا ، وَجَبَتْ ، كما لو حَلَفَ وفاءً ؛ لِأَنَّ دِيَةَ المَقْتُولِ كَتَرَكْتِهِ ، في قَضَاءِ دُيُونِهِ مِنْهَا ، وانْصَرَفَها إلى وَرَثَتِهِ ^(٢٢) بَيْنَهُمْ على فَرَائِضِ الله تَعَالَى . ولا فَرْقَ ، فيما ذَكَرْنَا ، بَيْنَ أَنْ يُحْلَفَ وَارِثًا ^(٢٣) أَوْ لَا يُحْلَفَ وَارِثًا . وَذَكَرَ القاضِي ، أَنَّهُ إِذَا لم يُحْلَفْ وَارِثًا سِوَى سَيِّدِهِ ، لم تَجِبِ القِيَمَةُ عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَلَنا ، أَنَّ مَنْ لا وارِثَ لَهُ ، يُصَرَّفُ مالُهُ إلى المَسْلَمِينَ ، ولا حَقٌّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ صَرْفَهُ إلى سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الإِرْثِ ، والقَاتِلُ لا مِيراثَ لَهُ . وإن كان القاتِلُ أَجَنَبِيًّا ، وَجَبَتْ القِيَمَةُ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا في المَوْضِعِ الذِي لا تَنْفَسِخُ الكِتابةُ ، فَإِنَّها تَجِبُ لَوَرَثَتِهِ . وَاللهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ماتَ السَّيِّدُ ، كَانَ العَبْدُ عَلَى كِتَابَتِهِ ، وَمَا أَدَّى قَبِيلَ وَرَثَةِ سَيِّدِهِ ، مَقْسُومًا كَالْمِيراثِ)

وجملة ذلك أَنَّ الكِتابةَ لا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، لا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ خِلَافًا ؛ وَذلك لِأَنَّهُ عَقْدٌ لازِمٌ مِنْ جِهَتِهِ ، لا سَبِيلَ إلى فَسْخِهِ ، فلم يَنْفَسِخْ بِمَوْتِهِ ، كالبَيْعِ والإِجَارَةِ . إِذَا بَتَّ هَذَا ، فَإِنَّ المُكاتبَ يُودَى نُجُومُهُ ، / وما بَقِيَ مِنْهَا ، إلى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ ذِينَ لِمَوْرُوثِهِمْ ، وَيَكُونُ مَقْسُومًا بَيْنَهُمْ على قَدَرِ مَوَارِثِهِمْ ، كَسائِرِ دُيُونِهِ ؛ فَإِنْ كانَ لَهُ أَوْلادٌ ذُكُورٌ وَإِناثٌ ، فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ . ولا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَى إلى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَإِنْ أَدَّى إلى بَعْضِهِمْ دونَ بَعْضٍ ، لم يَعْتَقُ ، كما لو كانَ بَيْنَ شَرَكاءَ ، فَأَدَّى إلى بَعْضِهِمْ ، فَإِنْ كانَ بَعْضُهُمْ غائِبًا ، وكانَ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصيبَهُ إلى وَكِيلِهِ ، وإنْ لم يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصيبَهُ إلى الحاكِمِ ، وَعَتَقَ . وإنْ كانَ مُوَلِّيًا عَلَيْهِ ، دَفَعَ نَصيبَهُ إلى وَلِيِّهِ ؛ إِمَّا أَنَّهُ أَوْ وصِيَّهُ أَوْ الحاكِمِ أَوْ أَمِينِهِ . فَإِنْ كانَ لَهُ وَصِيَّانِ ، لم يَبْرَأُ إِلَّا بِالْدَفْعِ إِلَيْهِمَا مَعًا . وإنْ كانَ

(٢١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٢) في ب : « وارثه » .

(٢٣) في م : « توارثا » .

الوارث رشيدياً ، قَبَضَ لِنَفْسِهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى غَيْرِهِ لِيَقْبُضَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّشِيدَ وَلِيُّ نَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ رَشِيدًا ، وَبَعْضُهُمْ مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ ، فَحُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُكْمُهُ لَوْ انْفَرَدَ . وَإِنْ أُذِنَ بَعْضُهُمْ لَهُ فِي الْأَدَاءِ إِلَى الْآخَرِ ، وَكَانَ الَّذِي أُذِنَ لَهُ ^(١) فِي ذَلِكَ رَشِيدًا ، فَأَدَّى إِلَى الْآخَرِ جَمِيعَ حَقِّهِ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، وَقُومٌ عَلَيْهِ بَاقِيهِ ، كَالْوَلَدِ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْرِ ^(٢) عِتْقُهُ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَهُوَ ^(٣) الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَالُ الْوَدَّاءِ إِلَى السَّيِّدِ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِيَ مِنْهُ ، وَعَتَقَ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضَهُمْ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، عَتَقَ . وَالْخِلَافُ / فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ بِإِذْنِ الْآخَرِ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّهُ يَعْتَقُ نَصِيبُ مَنْ أَبْرَأَهُ ^(٤) مِنْ حَقِّهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ ، أَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُلْحَقَهُ الْعِتْقُ ، كَالْوَلَدِ أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ بَعْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ حَقِّهِ . وَلَنَا ، عَلَى سِرِّيَةِ عِتْقِهِ ، أَنَّهُ إِعْتِاقٌ لِبَعْضِ الْعَبْدِ الَّذِي يَجُوزُ إِعْتِاقُهُ ، مِنْ مُوسِرٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ ، غَيْرِ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْرِ عِتْقُهُ ، كَالْوَلَدِ كَانَ فَنَّا ، وَلَئِنْ عَتَقَ حَصَلَ بِفَعْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ ، فَسَرَى ، كَمَحَلِّ الْوِفَاقِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي السَّرِّيَةِ إِضْرَارٌ ^(٥) بِالشُّرَكَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ ، فَيُرَدُّ إِلَى الرَّقِّ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِتْقُ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ يُزِيلُ الرَّقَّ الْمُتَمَكِّنَ ، الَّذِي لَا كِتَابَةَ فِيهِ ، فَلَا يُزِيلُ عَرَضِيَّةً ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأُولَى .

١٩٨٤ — مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ عَبْدٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ)

^(١) يَعْنِي لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ ^(١) ، أَمَّا إِذَا عَجَزَ ، وَرُدَّ فِي الرَّقِّ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ عَبْدًا لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ ،

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب زيادة : « إلى » .

(٣) في ب : « وهذا » .

(٤) في الأصل ، ا ، ب : « أبرأ » .

(٥) في م : « ضرر » .

(١-١) سقط من : م .

كألو لم يَكُنْ مُكَاتَّبًا ؛ لَأَنَّهُ مِنْ مَالٍ مَوْرُوثِهِمْ ، فَكَانَ بَيْنَهُمْ كَسَائِرُ الْمَالِ ، وَأَمَّا إِذَا^(٢) أَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمُكَاتَّبِهِ ، يَخْتَصُّ بِهِ عَصْبَاتُهُ دُونَ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَنَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى حَنْبَلٌ ، وَصَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الْمُكَاتَّبِ يَمُوتُ سَيِّدُهُ ، وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ كِتَابَتِهِ ، فَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ : الْوَلَاءُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ : لَا وَلَاءَ لِلنِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا هُوَ دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتَّبِ ، وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا كَاتَبْنَ / ، أَوْ أَعْتَقْنَ . وَلِكُلِّ وَجْهٍ . ٢٢٠/١١ و

وَالَّذِي أَرَاهُ وَيُعْلِبُ ، عَلَى أَنَّهُنَّ يَرِثْنَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَوْ عَجَزَ بَعْدَ وَفَاةِ السَّيِّدِ ، رُدَّ رَقِيقًا . وَهَذَا قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ^(٣) الْمُكَاتَّبَ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ بِمَوْتِ الْمُكَاتَّبِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَأَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى الْمُشْتَرَى ، وَلَأَنَّهُ يُودَى إِلَى الْوَرِثَةِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَأَلَوْ أَدَّى إِلَى^(٤) الْمُشْتَرَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ السَّيِّدَ هُوَ الْمُنْعَمُ بِالْعَتَقِ ، فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، كَأَلَوْ أَدَّى إِلَيْهِ ، وَلَأَنَّ الْوَرِثَةَ إِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا بَقِيَ لِلسَّيِّدِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ لِلسَّيِّدِ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَّبِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمِيرَاثِ وَالشِّرَاءِ ، أَنَّ السَّيِّدَ نَقَلَ حَقَّهُ فِي الْمَبِيعِ^(٥) بِاخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ^(٦) حَقٌّ مِنْ وَجْهِ ، وَالْوَارِثُ يَخْلُفُ الْمَوْرُوثَ ، وَيَقُومُ مَقَامَهُ ، وَيَبْنِي عَلَى مَا فَعَلَهُ مَوْرُوثُهُ ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ شَيْءٌ أَمَكَنَ بَقَاؤُهُ لِمَوْرُوثِهِ ، وَالْوَلَاءُ مِمَّا أَمَكَنَ بَقَاؤُهُ لِلْمَوْرُوثِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَنْتَقِلَ عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَرِثَةُ ، صَحَّ عِتْقُهُمْ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَصَحَّ عِتْقُهُمْ لَهُ ، وَلَأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ نَفَذَ عِتْقَهُ ، وَهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٦) . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيْبَهُ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شُرَكَائِهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَسْرِ عِتْقُهُ ؛ لِكُونِهِ مُعْسِرًا ، أَوْ لَغَيْرِ ذَلِكَ ،

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : أ .

(٥) في ب : « البيع » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

فله ولأء ما عتقته ؛ للخبير ، ولأنه منعم عليه بالعنق ، فكان الولاء له ، كغير المكاتب . وقال القاضي : إن أعتقه كلهم قبل عجزه ، كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم ، لم يسر عتقه ، ثم ينظر ؛ فإن أدى إلى الباقي ، عتق كله ، وكان ولأءه للسيد ، وإن عجز فردوه إلى الرق ، كان ولأء نصيب المعتق له ؛ لأنه لولا إعتاقه ، / لعاد سهمه رقيقا ، كسها م سائر الورثة ، فلما أعتقه ، كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له دونهم . فأما إن أبرأه الورثة كلهم ^(٧) ، عتق ، وكان ولأءه على الروايتين اللتين ذكرناهما ، فيما إذا أدى إليهم ؛ لأن الإبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه . ويحتمل أن يكون الولاء لهم ؛ لأنهم أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبهه مالوا أعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه ، كان في ولأئه ما ذكرناه من الخلاف . والله أعلم .

فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو وهبوه ، صح بيعهم وهبهم ؛ لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه ، عادر رقيقا له ، وإن أدى وعتق ، كان ولأءه لمن يودى إليه . على الرواية التي تقول : إن ولأءه للورثة ، إذا أدى إليهم . وأما على الرواية الأخرى ، فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته ؛ لأن ذلك يفتضي إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه ، وليس ذلك للورثة ، ويحتمل أن يصح ، ويكون الولاء للسيد إن عتق بالكتابة ؛ لأن السيد عقد لها ، فعتقها ، فكان ولأءه له ، ويفارق ما باعه السيد ؛ لأن السيد يبيعه أبطال حق نفسه ، وله ذلك ، بخلاف الورثة ؛ فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

فصل : وإن وصى ^(٨) السيد بمال الكتابة لرجل ، صح . فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له ، أو وكيله ، أو وليه إن كان محجورا عليه ، برئ منه ، وعتق ، وولأءه لسيدته الذي كاتبه ؛ لأنه المنعم عليه . وإن أبرأه من المال ، عتق أيضا ؛ لأنه برئ من مال الكتابة ، فأشبهه مالوا أدى . وإن أعتقه ، لم يعتق ؛ لأنه لا يملك رقبته ، ولا وصى له بها ،

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : « أوصى » .

وإنما وصَّى له بالمال الذي عليه . وإن عَجَزَ ، ورُدَّ في الرُّقِّ ، عاد عَبْدًا للوَرثة ، وما قَبَضَهُ ^(٩) الموصى له من / المال ، فهو له ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ الصَّحِيحَةِ ، والأمر ^{٢٢١/١١} في تَعَجِيزِهِ إلى الوَرثة ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ ^(١٠) لهم بتَعَجِيزِهِ ، وَيَصِيرُ العبدُ لهم ، فكانت الخِيَرَةُ في ذلك إليهم . وأما الموصى له ، فإنَّ حَقَّهُ وَوَصِيَّتَهُ تَبْطُلُ بتَعَجِيزِهِ ، فلم يَكُنْ له في ذلك حَقٌّ . وإن وصَّى بِمالِ الكِتَابَةِ للمَساكِينِ ، وَوصَّى إلى رجلٍ بِقَبْضِهِ وتَفْرِيقِهِ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ . ومتى سَلَّمَ المالَ إلى الوَصِيِّ ^(١١) ، بَرئَ ، وَعَتَقَ . وإن أَبْرَأَهُ منه لم يَبْرَأْ ؛ لأنَّ الحَقَّ لغيرِهِ . وإن دَفَعَهُ المُكَاتَّبَ إلى المَساكِينِ ، لم يَبْرَأْ منه ، ولم يَعْتَقْ ؛ لأنَّ التَّعْيِينَ إلى الوَصِيِّ دُونَهُ . وإن وصَّى بِدَفْعِ المالِ إلى غُرَمائِهِ ، تَعَيَّنَ القَضَاءُ منه ، كَالوَصِيِّ بِهِ عَطِيَّةً لَهُ . فإن كان إِنَّمَا وَصَّى ^(١٢) بِقَضَاءِ دُيُونِهِ مُطْلَقًا ، كان على المُكَاتَّبِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الوَرثةِ وَالْوَصِيِّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِمْ بِحَضْرَتِهِ ؛ لأنَّ المالَ للوَرثةِ ، ولهم أَنْ يَقْضُوا الدَّيْنَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَلِلْوَصِيِّ ^(١٣) فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ حَقٌّ فِيهِ ؛ لأنَّ له ^(١٤) مَنَعَهُمْ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : إذا مات رجلٌ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا ، فادَّعى العبدُ أَنَّ سَيِّدَهُ كَاتِبَهُ ، فَصَدَّقَاهُ ، ثَبَتَتْ الكِتَابَةُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن أنكَرَاهُ ، وكانت له بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، ثَبَتَتْ الكِتَابَةُ ، وَعَتَقَ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِمَا . وإن عَجَزَ ، فلهما رُدُّهُ إلى الرُّقِّ . وإن لم يُعَجِّزْهُ ، وصَبَرَ عليه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ . وإن عَجَزَهُ أَحَدُهُما ، وأبَى الآخَرُ تَعَجِيزَهُ ، بَقِيَ نِصْفُهُ على الكِتَابَةِ ، وعاد نِصْفُهُ الْآخَرُ رَقِيقًا . وإن لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُهُما معَ أَيْمانِهِما ؛ لأنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّقِّ ، وَعَدَمُ الكِتَابَةِ ، وتكونُ أَيْمانُهُما ^(١٥) على نَفْيِ الْعِلْمِ ، فَيَحْلِفَانِ بِاللَّهِ

(٩) في م زيادة : « الوصي » .

(١٠) في ١ ، ب : « يثبت » .

(١١) في ب : « الموصى » .

(١٢) في م : « أوصى » .

(١٣) في ب : « والموصى » .

(١٤) في ب ، م : « لهم » .

(١٥) في م : « أيمانهم » .

٢٢١/١١ ط أنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه ؛ لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فإن حلفا ، ثبت رقه ، وإن نكلا ، قضى عليهما ، / أو ردت اليمين^(١٦) ، على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد ، وتثبت الكتابة . وإن حلف أحدهما ، وكل الآخر ، قضى برق نصفه ، وكتابة نصفه . وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، ثبتت الكتابة في نصفه ، وعليه البيئة في نصفه الآخر . فإن لم تكن له بيئة ، وحلف المنكر ، صار نصفه مكاتبا ، ونصفه رقيقا قنا . فإن شهد المقر على أخيه ، قبلت شهادته ؛ لأنه لا يجزئها إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع بها ضرراً . فإن كان معه شاهد آخر ، كملت الشهادة ، وثبتت الكتابة في جميعه . وإن لم يشهد معه غيره ، فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين . وإن لم يكن عدلاً ، أو لم يحلف العبد معه ، وحلف المنكر ، كان نصفه مكاتبا ، ونصفه رقيقا ، ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ، ونفقته من كسبه ؛ لأنها على نفسه ، وعلى مالك نصفه ، فإن لم يكن له كسب ، كان على المنكر نصف نفقته ، ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة ، معاومة أو مشاهرة ، أو كيفما كان ، جاز . وإن طلب ذلك أحدهما ، وامتنع الآخر ، فظاهر كلام أحمد ، أنه يجزئ عليها . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن المنافع مشتركة بينهما ، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر ، لزم الآخر إجابته ، كالأعيان . ويحتمل أن لا يجزئ . وهو قول الشافعي ؛ لأن المهايأة تأخير حقه الحال ؛ لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما ، فلا تجب الإجابة إليه ، كتأخير دينه الحال . فإن اقتسما الكسب مهايأة ، أو مناصفة ، فلم يف بأداء نجويمه ، فللمقر رده في الرق ، وما في يده له خاصة ؛ لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب . وإن اختلفت المقر والمقر فيما في يد المكاتب ، فقال المنكر / : هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة ، أو كسبه^(١٧) في حياة أبينا . وأنكر ذلك المقر ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن المنكر يدعى كسبه في وقت الأصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك ، كان القول قول المكاتب ، فكذلك من يقوم مقامه . وإن أدى الكتابة ، عتق نصيب المقر خاصة ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ؛ لأنه لم يباشر

٢٢٢/١١ و

(١٦) في م زيادة : « عليه » .

(١٧) في م : « وكسبه » .

العَتَقُ ، ولم يَتَسَبَّبْ^(١٨) إليه ، وإنَّما كان السَّبَبُ^(١٩) من أبيه ، وهذا حالٌ عن أبيه ، مُقَرَّرٌ بِفِعْلِهِ ، فهو كالشَّاهِدِ ، ولأنَّ المُقَرَّرَ يزْعَمُ أَنَّ نَصِيبَ أَخِيهِ خُرٌّ أَيْضًا ؛ لأنَّه قد قَبَضَ من العَبْدِ مِثْلَ ما قَبَضَ ، فقد حَصَلَ أدَاءُ مالِ الْكِتَابَةِ إليهما جميعًا ، فَعَتَقَ كُلَّهُ بِذَلِكَ ، وولاءُ هذا النَّصِيفِ لِلْمُقَرَّرِ ؛ لأنَّ أخاه لا يَدَّعِيهِ ، وهذا المُقَرَّرُ يَدَّعِي أَنَّهُ كُلُّهُ قد عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وهذا الولاءُ الذى على هذا النَّصِيفِ نَصِيبِي مِنَ الْوَلَاءِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : فى ذلك وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، كَقَوْلِنَا . والثانى^(٢٠) ، الْوَلَاءُ بينِ الْاِثْنَيْنِ ؛ لأنَّه يَثْبُتُ لِمَوْرُوثِهِمَا ، فكان لهما بِالْمِيرَاثِ . والصَّحِيحُ ما قُلْنَاهُ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، ولا يَمْتَنِعُ^(٢١) ثُبُوتُ الْوَلَاءِ لِلْأَبِ ، واختِصاصُ أَحَدِ الْاِثْنَيْنِ بِهِ ، كما لو ادَّعَى أَحَدُهُمَا دَيْنًا لِأَبِيهِ على إنسانٍ ، وأنكَرَهُ الْآخَرُ ، فإنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، وَيَحْتَصُّ بِهِ دُونَ أَخِيهِ ، وإن كان يَرِثُهُ عن الأبِ ، وكذلك لو ادَّعَاهُ مَعًا ، وأقاما بِهِ شَاهِدًا واحدًا ، فحَلَفَ أَحَدُهُمَا معَ الشَّاهِدِ ، وأبَى الْآخَرُ . فإنَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حَصَّتْهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إلى باقىهِ ، إن كان مُوسِرًا . هذا قولُ الْخَرَقِيِّ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ مِنْ عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ ما يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شِرْكَاءُهُ حَصَصَهُمْ »^(٢٢) . ولأنَّه مُوسِرٌ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ / من ٢٢٢/١١ ط

عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ ، فَسَرَى إلى باقىهِ ، كغيرِ الْمُكَاتَبِ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضى : لا تُعْتَقُ إِلَّا حِصَّتُهُ ؛ لأنَّه إن كان الْمُعْتَقُ الْمُقَرَّرَ ، فهو مُتَّفَقٌ ، وإن كان الْمُنْكَرَ ، لم يَسِرْ^(٢٣) إلى نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ ؛ لأنَّه مُكَاتَبٌ لغيرِهِ ، وفى سِرَايةِ الْعِتْقِ إليه إِنْطِالٌ سَبَبِ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ، فلم يَجْزِ ذلك .

١٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَمْتَنِعُ الْمُكَاتَبُ مِنَ السَّفَرِ)

وجملته أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَمْتَنِعُ مِنَ السَّفَرِ ، قَرِيبًا كانَ أو بَعِيدًا . وهذا^(١) قولُ الشَّعْبِيِّ ،

(١٨) فى الأصل : « ينسب » .

(١٩) فى الأصل : « النسب » .

(٢٠) بعد هذا فى الأصل ، ١ : « أن » .

(٢١) فى ب ، م ، « يمنع » .

(٢٢) تقدم تحريكه ، فى : ٣٦٢/٧ .

(٢٣) فى ب ، م ، « بصر » .

(١) فى الأصل : « وهو » .

والتَّحْيَى ، وسعيد بن جبَيْر ، والثَّوْرِيُّ ، والحسن بن صالح ، وأبى حنيفة . ولم يُفَرِّقْ
أصحابنا بين السَّفَر الطويل وغيره ، ولكن^(٢) المذهب أن له منعه من سَفَرٍ تَحِلُّ نُجُومُ كِتَابَتِهِ
قَبْلَهُ^(٣) ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ النُّجُومِ فِي وَقْتِهَا ، والرُّجُوعُ فِي رِقَعِهِ^(٤) عِنْدَ عَجْزِهِ ، فَمُنِعَ
مِنْهُ ، كَالْعَرِيمِ الَّذِي يَحِلُّ عَلَيْهِ الدِّينُ قَبْلَ مُدَّةِ سَفَرِهِ . وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ فِي
مَوْضِعٍ : لَهُ السَّفَرُ .^(٥) وَفِي قَوْلٍ : لَيْسَ لَهُ السَّفَرُ^(٥) . فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : فِيهَا قَوْلَانِ .
وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، إِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ ؛ فَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ :
لَهُ السَّفَرُ . إِذَا كَانَ قَصِيرًا ؛ لَأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْحَاضِرِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي مَنَعَ مِنْهُ ، إِذَا كَانَ
بَعِيدًا ، يَتَعَذَّرُ مَعَهُ^(٦) اسْتِيفَاءُ نُجُومِهِ ، والرُّجُوعُ فِي رِقَعِهِ عِنْدَ عَجْزِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ فِي
يَدِ نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ الْمَدِينِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَيَبْتَطِلُ
بِالْحُرِّ^(٧) الْعَرِيمِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ لَا يُسَافِرَ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَهُوَ
قَوْلُ الْحَسَنِ ، وسعيد بن جبَيْر ، والشَّعْبِيِّ ، والتَّحْيَى ، وأبى حنيفة ؛ لَأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى
الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُهُ ، كَشَرْطِ تَرْكِ الْاِكْتِسَابِ ، وَلَأَنَّهُ غَرِيمٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُ تَرْكِ
السَّفَرِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَضَ^(٨) رَجُلًا^(٩) قَرْضًا بِشَرْطِ أَنْ لَا يُسَافِرَ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ / :
يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وَلَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ
عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(١٠) . وَلَأَنَّهُ شَرَطَ لَهُ فِيهِ فَائِدَةً ، فَلَزِمَ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ تَقْدَامَ مَعْلُومًا . وَيَبَيَّنُ
فَائِدَتَهُ ، أَنَّهُ لَا يَأْمَنُ^(١١) إِبَاقَهُ ، وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَيَقُوتُ الْعَبْدُ وَالْمَالُ الَّذِي عَلَيْهِ ،

(٢) سقطت الواو من : ب ، م . وفي م بعد ذلك زيادة : « قياس » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « وقته » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ١ . نقل نظر .

(٦) في م زيادة : « بعد » .

(٧) في م : « بالحرم » . خطأ .

(٨) في م : « أقرضه » .

(٩) في الأصل ، ب ، م : « رجل » .

(١٠) تقدم ترجمته ، في : ٣٠ / ٦ .

(١١) في ب زيادة : « من » .

وَيُفَارِقُ الْقَرْضَ ، فَإِنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جَانِبِ الْمُقْرِضِ ، مَتَى شَاءَ طَالَبٌ بِأَخْذِهِ ، وَمَنْعَ الْعَرِيمِ السَّفَرِ قَبْلَ إِيْفَائِهِ ، فَكَانَ الْمَنْعُ مِنَ السَّفَرِ حَاصِلًا بِدُونِ شَرْطِهِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ السَّيِّدَ مَنْعُهُ مِنَ السَّفَرِ إِلَّا بِشَرْطِهِ ، وَفِيهِ حِفْظُ عَيْدِهِ وَمَالِهِ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ تَحْصِيلِهِ ^(١٢) . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَأَوَّلَى . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لِسَيِّدِهِ مَنْعُهُ مِنَ السَّفَرِ ، فَإِنْ سَافَرَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَهُ رَدُّهُ ، إِنْ أَمَكَّنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدُّهُ ، احْتِمَالٌ أَنَّ لَهُ تَعْجِيزَهُ ، وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفِ بِمَا شَرَطَهُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَفِ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ . وَاحْتِمَالٌ أَنَّ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَّبٌ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَعْجِيزَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ^(١٣) عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ لَا يَسْأَلَ النَّاسَ ^(١٤) ، فَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : هُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِنْ رَأَيْتَهُ يَسْأَلُ تَنْهَاهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أَعُودُ . لَمْ يَرُدَّهُ عَنْ كِتَابَتِهِ فِي مَرَّةٍ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ لِازْمٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَالَفَ مَرَّةً ، لَمْ يُعْجَزْهُ ، وَإِنْ خَالَفَ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَلَهُ تَعْجِيزُهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِذَا رَأَاهُ يَسْأَلُ مَرَّةً فِي مَرَّةٍ ، عَجَزَهُ ، كَمَا إِذَا حَلَّ نَجْمٌ فِي نَجْمٍ ، عَجَزَهُ . فَاعْتَبِرَ الْمُخَالَفَةَ فِي مَرَّتَيْنِ كَحُلُولِ ^(١٥) نَجْمَيْنِ . وَإِنَّمَا صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . وَلَئِنْ لَهُ فِي هَذَا فَائِدَةٌ وَغَرَضًا صَحِيحًا ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَلَا يُطْعِمَهُ مِنْ صَدَقَتِهِمْ وَأَوْسَاحِهِمْ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْمُكَاتَّبِ سَهْمًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ ^(١٦) . / وَهُمْ الْمُكَاتَّبُونَ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ تَرْكِ ^(١٧) ٢٢٣/١١ ظ

طَلَبِ مَا جَعَلَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ ^(١٧) .

١٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)

وهذا قول الحسن ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأبي

(١٢) في الأصل : « تَحْلِيصُهُ » .

(١٣) في الأصل : « يَشْرُطُ » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : « وَالْحُكْمُ » .

(١٦) سورة التوبة ٦٠ .

(١٧) سقط من : الأصل .

يوسف . وقال الحسن بن صالح : له ذلك ؛ لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع . ولنا ، قول النبي ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ عَاهَرٌ » ^(١) . ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز ، فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك ، كالشروع به . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا تزوج ، لم يصح تزويجه . وقال الثوري : نكاحه موقوف ، إن أدى ، تبيناً ، أنه كان صحيحاً ، وإن عجز ، فنكاحه باطل . ولنا ، الخبر ، ولأنه تصرف منع ^(٢) منه للضرر ، فلم يصح ، كالهبة ، وما ذكره لأصل له . فإذا ثبت هذا ، فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، وإن كان بعده ، فعليه مهر مثلها ، يؤدي من كسبه ؛ لأنه بمنزلة جنائته . وإن أتت بولد ، لحقه نسبه ؛ لأنه من وطء في نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة ، فهو حر ، وإن كانت أمة ، فولد لها رقيق لسيدها . فأما إن أذن له ^(٣) سيده في النكاح ، صح منه . في قولهم جميعاً ؛ فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه ، إذا أذن له ^(٤) ، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له ، زال المانع ، ولأنه لو أذن لعبيده القن في النكاح ، صح منه ، فالمكاتب أولى .

فصل : وليس له التسرّي بغير إذن سيده ؛ لأن ^(٥) ملكه غير تام . وقال الزهري : لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسرّي . ولنا ، أن ملكه ناقص ، وعلى السيد فيه ضرر ، فيمنع منه ، كالتزويج . وبين الضرر فيه ؛ أنه ربما أحبلها ، والحبل مخوف في بنات آدم ، فربما تلفت ، وربما ولدت ، فصارت أم ولد ، فيمنع ^(٦) عليه بيعها في أداء كتابته ^(٧) ، وإن عجز ^(٨) ، رجعت / إلى السيد ناقصة ، فإذا منع من التزويج لضرره ، فهذا أولى . ٢٢٤/١١ و

(١) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٦/٩ .

(٢) في الأصل : « يمنع » .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) في م : « لأنه » .

(٥) في الأصل : « فيمنع » .

(٦) في م : « كتابتها » .

(٧) في م : « عجزت » .

فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّسَرِّي، جاز له . وقال الشافعي: لا يجوز له ذلك، وإن أُذِنَ له^(٨) فيه سَيِّدُهُ . في أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُضِرُّ بِهِ ، وَرَبَّمَا أَفْضَى إِلَى مَنْعِهِ مِنَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَجْزُ وَإِنْ أُذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، وَلِأَنَّهُ نَاقِصُ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ التَّسَرِّي ، كَوَطْءِ الْحَارِثَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ أُذِنَ لِعَبْدِهِ الْقَنْ فِي التَّسَرِّي ، جاز ، فَاَلْمُكَاتِبُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ كَانَ لِأَجْلِ الضَّرَرِ بِالسَّيِّدِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ^(٩) ، كَالْتَزْوِيجِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ شَيْءٌ لِنَفْسِهِ . وَإِنْ حَبِلَتْ ، فَالْنَّسَبُ لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ إِذَا سَقَطَ بِالشُّبْهَةِ ، لَحِقَهُ النَّسَبُ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ ، وَلَا يَتَعَقُّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، وَيَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِأَبِيهِ الْحُرِّ ، وَإِنْ عَجَزَ ، وَعَادَ إِلَى الرَّقِّ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ أَيْضًا ، وَيَكُونَانِ مَمْلُوكَيْنِ لِلْسَّيِّدِ . فَأَمَّا الْأُمَةُ ، فَإِنْ وَلَدَتْ قَبْلَ عَتْقِهِ وَعَجَزَهُ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ لِلْمُكَاتِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا لَهُ حُرْمَةُ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَيَعْتَقُ بَعْتَقُ أَبِيهِ ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَتَكُونُ مَوْقُوفَةً مَعَ^(١٠) الْمَكَاتِبِ ، إِنْ عَتَقَ ، فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ^(١١) ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ : لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ بِحَالٍ ، وَلَهُ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَمَلَتْ بِمَمْلُوكٍ ، فِي مِلْكٍ غَيْرِ تَامٍّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ عَتْقِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، ثَبِينَا أَنَّهَا حَمَلَتْ بِهِ فِي حَالِ رِقِّهِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، حَكَمْنَا أَنَّهَا حَمَلَتْهُ حُرًّا ؛ لِأَنَّنَا لَمْ نَتَيَقَّنْ وُجُودَهُ فِي حَالِ / الرَّقِّ ، وَتَكُونُ أُمًّا وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِحُرٍّ فِي ٢٢٤/١١ ظ

مِلْكِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ مِنَ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وليس للمُكَاتِبِ أَنْ يُزَوِّجَ عَبِيدَهُ وَإِمَاءَهُ ، بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَذَكَرَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ

(٨) سقط من : ١ ، م .

(٩) في م : « تأديبه » .

(١٠) في ب ، م : « على » .

(١١) في ١ ، م : « ولده » .

على مَنْفَعَةٍ ، فَمَلَكَه ، كَالْإِجَارَةِ . ^(١٢) وهو الذى قاله أَبُو الْخَطَّابِ ، فى « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ^(١٢) . وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ قَالَ فى « الْخِصَالِ » : لَهُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ دُونَ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَى حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ عَوْضًا عَنْ تَرْوِيجِهَا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ ^(١٣) عَلَى مَنَافِعِهَا ، فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ زَوَّجَ ^(١٤) الْعَبْدَ ، لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ أَمْرَأَتِهِ وَمَهْرُهَا ، وَشَعَلَهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ ، وَنَقَصَ قِيَمَتَهُ ، وَإِنْ زَوَّجَ ^(١٥) الْأَمَةَ ، مَلَكَ الزَّوْجَ بَضْعَهَا ، وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهَا ، وَقَلَّتِ الرِّغَابُ فِيهَا ، وَرَبَّمَا أَمْتَنَعَ بَيْعُهَا بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ جِهَاتِ الْمَكَاسِبِ ^(١٥) ، فَرَبَّمَا أَعْجَزَهُ ^(١٦) ذَلِكَ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا لِلْسَّيِّدِ ، مَعَ مَا تَعَلَّقَ بِهِمْ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلِحَقِّهِمْ مِنَ النَّقْصِ ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ لَهُ ، كإِعْتَاقِهِمْ ، وَفَارَقَ إِجَارَةَ الدَّارِ ، فَإِنَّهَا مِنْ جِهَاتِ الْمَكَاسِبِ عَادَةً . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ وَجَبَ تَرْوِيجُهُمْ ، لَطَلَبَهُمْ ذَلِكَ ، وَحَاجَّتُهُمْ إِلَيْهِ ، بِاعَهُمْ ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ مَتَى طَلَبَ التَّرْوِيجَ ، خَيْرٌ سَيِّدُهُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَتَرْوِيجِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ ^(١٧) السَّيِّدُ فى ذَلِكَ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَالْمَنْعَ مِنْ أَجَلِهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ .

فصل : وَلَيْسَ لَهُ إِعْتَاقُ رَقِيقِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى سَيِّدِهِ ، بِتَفْوِيتِ مَالِهِ فِيمَا لَا يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مَالٌ ، فَأَشْبَهَ الْهَبَةَ . فَإِنْ أَعْتَقَ ، لَمْ يَصِحَّ إِعْتَاقُهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَقِفَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى آخِرِ أَمْرِ الْمُكَاتَبِ ؛ فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ مُعْتَقُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ، رَقِيَ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، كَقَوْلِنَا فى ذَوَى الْأَرْحَامِ ، إِنَّهُمْ مَوْقُوفُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَالْهِبَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ / ٢٢٥/١١ تَصَرُّفًا مَنَعَ مِنْهُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ مَا مَنَعَ ^(١٨) مِنْهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى

(١٢-١٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٣) فى م زيادة : « ذمة » .

(١٤-١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) فى ا ، م : « المكاتب » . تحريف .

(١٦) فى م : « عجزه » .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٨) فى م : « يمنع » .

ذَوِي أَرْحَامِهِ^(١٩) ؛ لِأَنَّ عِتْقَ ذَوِي أَرْحَامِهِ ، لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُهُمُ الشَّرْعُ عَلَى مَالِكِهِمْ بِمِلْكِهِمْ ، وَالْمُكَاتَبُ مِلْكُهُ نَاقِصٌ ، فَلَمْ يَعْتَقُوا^(٢٠) بِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ ، كَمَلَ مِلْكُهُ ، فَعَتَقُوا حِينَئِذٍ ، وَالْمُعْتَقُ إِنَّمَا يَعْتَقُ بِالْإِعْتَاقِ الَّذِي كَانَ بَاطِلًا ، فَلَا تُثَبِّتُ صِحَّتُهُ إِذَا كَمَلَ الْمِلْكُ ؛^(٢١) لِأَنَّ كَمَالَ الْمِلْكِ^(٢٢) فِي الثَّانِي ، لَا يُوجِبُ كَوْنَهُ كَامِلًا حِينَ الْإِعْتَاقِ ، وَلِذَلِكَ^(٢٣) لَا يَصِحُّ سَائِرُ تَبَرُّعَاتِهِ بِأَدَائِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، صَحَّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَهُ بِمَالِهِ يُفَوِّتُ^(٢٤) الْمَقْصُودَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ الَّذِي هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ فِيهِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَجُوزُ تَفْوِيْطُهُ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَلِكُ مِنَ الْوَلَاءِ ،^(٢٥) وَالْعَبْدُ لَيْسَ^(٢٦) مِنْ أَهْلِهِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَ الْمُكَاتَبِ نَاقِصٌ ، وَالسَّيِّدُ لَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَ مَا فِي يَدِهِ ، وَلَا هِبَتَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِذْنُهُ^(٢٧) فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى التَّبَرُّعِ بِهِ ، جَازَ ، كَالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالنِّكَاحِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ^(٢٨) ^(٢٩) وَلَا يَمْلِكُهُ السَّيِّدُ^(٣٠) عَلَيْهِ ، وَإِذَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ ، جَازَ . وَأَمَّا الْوَلَاءُ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا ، فَإِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ ، كَانَ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ،^(٣١) كَمَا يَرِيقُ مَمَالِيكُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ^(٣٢) أَبُو بَكْرٍ : يَكُونُ لِسَيِّدِهِ^(٣٣) ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ إِنَّمَا صَحَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ كَالنَّائِبِ^(٣٤) لَهُ .

فصل : والمُكَاتَبُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ اسْتِهْلَاكُهُ ، وَلَا هِبَتُهُ . وَهَذَا قَالِ

(١٩) فِي ب : « الْأَرْحَام » .

(٢٠) فِي م : « يَعْتَق » .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي أ ، ب ، م : « وَكَذَلِكَ » .

(٢٤) فِي ب ، م : « يَفْوِط » .

(٢٥-٢٦) فِي الْأَصْل ، أ ، ب : « وَلَيْسَ » .

(٢٧) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٢٨) فِي أ ، م : « يَمْلِكُ » .

(٢٩-٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٣١-٣٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل . نَقَلَ نَظْرَ .

(٣٣) فِي أ ، م زِيَادَةٌ : « الْقَاضِي » .

(٣٤) فِي الْأَصْل : « كَالنَّائِبِ » .

الحسن ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ لأنَّ حقَّ سيِّده لم يَنْقَطِعْ عنه ، لأنَّه قد يَعْجِزُ ، فَيَعُودُ إِلَيْهِ ، ولأنَّ القصدَ من الكتابة تحصيل العتق بالأداء ، وهبة ماله تُفَوِّتُ ذلك . وإن أذن فيه سيِّده ، جاز . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ المقصودَ بالكتابة . وعن الشافعي فيه ^(٣١) كالمذهبيين . ولنا ، أن الحق لا يَخْرُجُ عنهما ، فجاز باتفاقهما ، كالرَّاهن والمرتهن . فأما الهبة بالثَّواب ، / فلا تصحُّ . وقال الشافعي ، في أحد قَوْلَيْهِ : تصحُّ ؛ لأنَّ فيها معاوضةً . ولنا ، أن الاختلاف في تقدير الثَّواب ، يُوجِبُ العَرَرُ فيها ، ولأنَّ عَوْضَهَا يتأخَّرُ ، فتكون كالبيع نسيئةً . وإن أذن فيها السيِّد ، جازت . وإن وهب لسيِّده ، جاز ؛ لأنَّ قبوله الهبة إذن فيها . وكذلك إن وهب لابن سيِّده الصَّغير .

فصل : ولا يُحايى في البيع ، ولا يَزِيدُ في الثَّمَنِ الذى اشترى به ، ولا يُعِيرُ دَابَّةً ^(٣٢) ، ولا يُهْدِي هَدِيَّةً . وأجاز ذلك أصحابُ الرَّأْيِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ إِعَارَةِ دَابَّتِهِ ، وَهَدِيَّةِ المَأْكُولِ ، ودعائه إليه ؛ لأنَّ ذلك يجوزُ للمأذون له ، ولا يَنْحَطُّ المُكَاتَّبُ عن درجته . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ ، فلم يَجُزْ ، كَالْهَبَةِ ، ولا يُوصى بِمَالِهِ ، ولا يَحُطُّ عن المُشْتَرَى شيئاً ، ولا يُقْرِضُ ، ولا يَضْمَنُ ، ولا يَتَكَفَّلُ بِأَحَدٍ . وبه قال الشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ ذلك تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ ^(٣٣) ، فمُنِعَ منه ، كَالْهَبَةِ .

فصل : وليس له أن يَحُجَّ إن احتاجَ إلى إِنْفَاقِ مَالِهِ فِيهِ . وَتَقَلَّ المَيْمُونِيُّ ، عن أحمد ، للمُكَاتَّبِ أن يَحُجَّ من المَالِ الذى جَمَعَهُ ، إِذَا لم يَأْتِ نَجْمُهُ . وهذا مَحْمُولٌ على أَنَّهُ يَحُجُّ بِإِذْنِ سيِّدِهِ ، أَمَّا بغيرِ إِذْنِهِ ، فلا يجوزُ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بما يَنْفَقُ مَالَهُ ^(٣٤) فِيهِ ، فلم يَجُزْ ، كَالْعَتَقِ . فأما إن أَمَكَّنَهُ الحُجَّ من غيرِ إِنْفَاقِ مَالِهِ ، كالذى يَتَبَرَّعُ ^(٣٥) لَهُ ^(٣٦) إِنْسَانٌ

(٣١) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٢) في الأصل ، ا : « دابته » .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ا ، م : « مالا » .

(٣٥) في م : « تبرع » .

(٣٦) سقط من : م .

بإحجاجه ، أو يخدم من يُنفق عليه ، فيجوز إذا لم يأت نجمه ؛ لأن هذا يجري مجرى تركه للكسب ، وليس ذلك مما يُمنع منه .

فصل : وليس للمكاتب أن يكتب إلا بأذن سيده . وهو ^(٣٧) قول الحسن ، والشافعي ؛ لأن الكتابة نوع اعتاق ، فلم تجز من المكاتب ، كالمُنَجَّر ، ولأنه لا يملك الإعتاق ، فلم يملك الكتابة ، كالمأذون ^(٣٨) له في التجارة ^(٣٩) . واختار القاضي جواز الكتابة . وهو الذي ^(٣٩) ذكره أبو الخطاب ، في « رؤوس المسائل » . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي ؛ لأنه نوع معاوضة ، فأشبهه البيهقي . وقال أبو بكر : هو موقوف - كقوله في العتق المنجز - فإن أذن فيها ^(٣٩) السيد ، صححت . وقال الشافعي : فيها قولان . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم . فإذا كاتب عبده ، فعجزاً جميعاً ، صار رقيقين للسيد . وإن أدى المكاتب الأول ، ثم أدى الثاني ، فولاء كل واحد منهما لمكاتبه . وإن أدى الأول ، وعجز الثاني ، صار رقيقاً للأول . وإن عجز الأول ، وأدى الثاني ، فولاءه للسيد الأول . وإن أدى الثاني قبل عتق الأول ، عتق . قال أبو بكر : ولولاه للسيد . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف ؛ لأنه سبب يورث به ، فهو كالنسب ، ولأن الميراث لا يقف ، كذلك سببه . وقال القاضي : هو موقوف ؛ إن أدى عتق ، والولاء له ، وإلا فهو للسيد . وهذا ^(٤٠) أحد قولَي الشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٤١) . ولأن العبد ليس بملك له ، ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه . وقولهم : لا يجوز أن يقف ، كالم يقف النسب والميراث . فليس كذلك ؛ فإن النسب يقف على بلوغ الغلام ، وانثسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يوقف ، على أن الفرق بين النسب

(٣٧) في ١ ، م : « وهذا » .

(٣٨-٣٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) في ب : « وهو » .

(٤١) تقدم نخرجه ، في : ٣٢٦/٦ .

والميراث ، وبين الولاء ، أن الولاء^(٤٢) يجوز أن يقع لشخص ، ثم يتقل ، وهو ما يجزه مؤلى^(٤٣) الأب من مؤلى الأم ، فجاز أن يكون موقوفاً ، والنسب والميراث بخلاف ذلك . فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب ، وقلنا : الولاء للسيد . ورثه . وإن قلنا : هو موقوف . فميراثه أيضاً موقوف .

فصل : وليس له أن يبيع نسيئةً ، وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن فيه تعريضاً بالمال ، وهو ممنوع من التعريض بالمال ، لتعلق حق السيد به . قال القاضي : ويخرج الجواز ، بناءً على المضارب^(٤٤) أن له البيع نسيئةً . في إحدى الروايتين ، فيخرج ههنا مثله . وسواء أخذ بالثمن ضميناً ، أو رهناً ، أو لم يأخذ ؛ لأن الغرر لم يزل ، فإن الرهن يحتمل أن يتلف ، ويحتمل أن يفلس العريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين ؛ لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة ، على خلاف الأصل . فإن باع بأكثر مما يساوي حالاً ، وجعل الزيادة مؤجلة ، جاز ؛ لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئةً ، جاز ؛ لأنه لا غرر فيه . ولا يجوز أن يدفع به رهناً ؛ لأن الرهن أمانة ، وقد يتلف ، أو يجحده العريم . وليس له أن يدفع ماله سلفاً ؛ لأنه في معنى البيع نسيئةً . وله أن يستسلف في ذمته ؛ لأنه في معنى الشراء نسيئةً . وليس له أن يقرض ؛ لأنه تبرع بالمال ، وفيه خطر به . وله أن يقترض ؛ لأنه ينتفع بالمال . وليس له أن يدفع ماله مضاربةً ؛ لأنه يسلمه إلى غيره ، فيغرر به . وله أن يأخذ المال قراضاً ؛ لأنه من أنواع الكسب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله ، على ما ذكرنا .

فصل : وللمكاتب أن يبيع ويشترى . بإجماع من أهل العلم ؛ لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكْتِسَاب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكْتِسَاب ، فإنه قد جاء في بعض الآثار ، أن تسعة أعشار الرزق في التجارة^(٤٥) . وله أن يأخذ ويُعطى ، فيما فيه الصلاح لماله ، والتوفير عليه . وله

(٤٢) في م زيادة : « لا » .

(٤٣) في م : « مؤلى » .

(٤٤) في م : « المضارب » .

(٤٥) ذكره السيوطي ، في الجامع الكبير ٤٧١/١ .

أَنْ يُنْفِقَ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عَلَى نَفْسِهِ ؛ فِي مَا كَلَّهِ ، وَمَشْرَبِهِ ، وَكِسْوَتِهِ ، بِالْمَعْرُوفِ مِمَّا لَا غَنَى^(٤٦) لَهُ عَنْهُ^(٤٧) ، وَعَلَى رَقِيقِهِ ، وَالْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ . وَلَهُ تَأْدِيبُ عِبِيدِهِ ، وَتَعْزِيرُهُمْ ، إِذَا فَعَلُوا مَا يَسْتَحِقُّونَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مِلْكِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَالْتَفَقَةِ عَلَيْهِمْ . وَلَا يَمْلِكُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ وَلَايَةٍ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، وَالْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ شِرَاءٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى لِلشَّقْصِ سَيِّدَهُ ، فَلَهُ^(٤٨) أَخْذُهُ مِنْهُ^(٤٩) ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ شَيْئًا لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَرَكَةٌ ، فَلَهُ / أَخْذُهُ مِنْ ٢٢٧/١١ الْمُكَاتَبِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي بَابِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ وَجَبَتْ لِلْسَيِّدِ عَلَى مُكَاتَبِهِ شُفْعَةٌ ، فَادَّعَى الْمُكَاتَبُ أَنَّ سَيِّدَهُ عَفَا عَنْهَا ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ أَنْكَرَهُ السَيِّدُ ، كَانَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ . وَإِنْ أَذِنَ السَيِّدُ لِمُكَاتَبِهِ فِي الْبَيْعِ بِالمُحَابَاةِ ، صَحَّ مِنْهُ ، وَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِالمُحَابَاةِ ، مَعَ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، صَحِيحٌ . وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمُكَاتَبِ بِالْبَيْعِ ، وَالشِّرَاءِ ، وَالْعَيْبِ ، وَالذَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِذَلِكَ ، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا ، مَلَكَ^(٤٩) الْإِقْرَارَ بِهِ .

١٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَبِيعُهُ سَيِّدُهُ دَرَهْمًا بِدَرَهْمَيْنِ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ الرَّبَا يَجْرَى بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ^(١) ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَبِيعَهُ دَرَهْمًا بِدَرَهْمَيْنِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا رَبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ فِي الْأَظْهَرِ مِنْ^(٢) قَوْلِهِ ، وَلَا رَبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ ، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُعْجَلَ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضُ كِتَابَتِهِ ، وَلَهُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ إِذَا شَرَطَ ، وَلَوْ حَمَلَتْ مِنْهُ صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْجَرَقِيِّ : أَنَّ السَيِّدَ مَعَ مُكَاتَبِهِ فِي بَابِ الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ؛ بِدَلِيلِ أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّفْعَةَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا

(٤٦) فِي م : « غَنَا » .

(٤٧) فِي أ : « عَلَيْهِ » .

(٤٨-٤٩) فِي ب : « أَنْ يَأْخُذَ » .

(٤٩) فِي ب ، م : « فَلَهُ » .

(١) فِي م : « وَبَيْنَ سَيِّدِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِيمَا بِيَدِ^(٣) صَاحِبِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ لِسَيِّدِهِ حَقٌّ فِي مَا بِيَدِهِ ؛ لَكَوْنِهِ بَعَرَضِيَّةً أَنْ يَعْجِزَ^(٤) ، فَيَعُودَ إِلَيْهِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَرَيَانَ الرَّبَا بَيْنَهُمَا ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقَوْلُ ، لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِيمَا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، وَلَا النَّسَاءُ فِي مَا يَحْرُمُ النَّسَاءُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجَانِبِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ دَيْنٌ ، مِثْلُ أَنْ كَانَ لِلْسَيِّدِ عَلَى الْمُكَاتِبِ دَيْنٌ مِنَ الْكِتَابَةِ أَوْ مِنْ^(٥) غَيْرِهَا ، وَلِلْمُكَاتِبِ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ ، وَكَانَا نَقْدًا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، حَالَتَيْنِ ، أَوْ مُوَجَّلَيْنِ أَجَلًا وَاحِدًا ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَسَاقَطَا بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، فَمَعَ السَيِّدِ وَمُكَاتِبِهِ / أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ نَقْدًا^(٦) مِنْ جِنْسَيْنِ ، كَدَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَوْ كَانَ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِائَةُ دِينَارٍ ، فَجَعَلَهَا قِصَاصًا بَهَا ، جَاز ، بِخِلَافِ الْحُرَّيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٌ بِدَيْنٍ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ^(٧) . وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، كَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَفَارَقَ الْعَبْدَ الْقَنَ ؛ فَإِنَّهُ بَاقٍ فِي تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ خَالِصٌ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ أَخْذُهُ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَا يَجُوزُ مَعَ التَّرَاضِي بِهِ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ^(٥) أَبِي مُوسَى : يَجُوزُ إِذَا تَرَاضِيَا بِذَلِكَ^(٨) ، وَتَبَايَعَا ، وَلَا يَثْبُتُ التَّقَاصُ^(٩) قَبْلَ تَرَاضِيهِمَا بِهِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ^(١٠) عَرْضَيْنِ ، أَوْ عَرْضًا وَنَقْدًا ، لَمْ

(٣) فِي م : « يَد » .

(٤) فِي ب ، م : « يَعْجِزُهُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي ب ، م : « نَقْدَيْنِ » .

(٧) انْظُرْ : تَلْخِصَ الْحَبِيرِ ٢٧/٣ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ : « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ » ، فِي :

١٠٦/٦ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩) فِي ب ، م : « التَّقَابُضُ » .

(١٠) فِي ب ، م : « كَانَ » .

تَجُزِ الْمُقَاصَّةُ^(١١) فِيهِمَا بَغِيرِ تَرَاضِيهِمَا بِحَالٍ ، سَوَاءٌ كَانَ الْعَرَضُ^(١٢) مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرِ جِنْسِهِ . وَإِنْ تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ دَيْنَ بَدَلَيْنِ . وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ عَوَضًا عَنْ مَالِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، جَازَ ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّابِتُ فِي الدِّمَّةِ عَنْ سَلَمٍ ، فَإِنْ كَانَ^(١٣) ثَبَتَ عَنْ سَلَمٍ ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ عَوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَفِي الْجُمْلَةِ إِنَّ حُكْمَ الْمُكَاتَبِ مَعَ سَيِّدِهِ فِي هَذَا ، حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَطَأُ مَكَاتِبَتَهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصلَيْنِ :

أحدهما : في وطئها بغير شرطٍ ، وهو حَرَامٌ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَهُ وَطُوءُهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَا يَشْتَغِلُهَا الْوَطْءُ عَنْ السَّعْيِ عَمَّا هِيَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ يَمِينُهُ ، فَتَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ أَزَالَ مِلْكَ اسْتِخْدَامِهَا ، وَمِلْكَ عَوَضِ مَنْفَعَةٍ بُضِعَ فِيهَا فِيمَا إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، فَأَزَالَ حِلَّ وَطِئِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَالْآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بِالْمُزَوَّجَةِ ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهَا مَحَلُّ النِّزَاعِ ، وَلِأَنَّ الْمِلْكَ هُنَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ عَنْ مَنَافِعِهَا جُمْلَةً ، وَلِهَذَا لَوْ وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، كَانَ الْمَهْرُهَا ، وَتَفَارِقُ أُمُّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَهَ بَاقٍ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِمَوْتِهِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُدَبَّرَةَ وَالْمَوْصَى بِهَا ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْعِتْقَ بِمَوْتِهِ اسْتِحْقَاقًا لَازِمًا ، لَا يُمَكِّنُ زَوَالَهُ .

الفصل الثاني : إِذَا اشْتَرَطَ وَطْأَهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ . وَقَالَ سَائِرُ مَنْ ذَكَرْنَا : لَيْسَ لَهُ وَطْأُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مَعَ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْشَّرْطِ ، كَمَا لَوْ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْمُقَاصَّةُ » .

(١٢) فِي ب ، م : « الْقَرْضُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦ .

زَوَّجَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا . وقال (٢) الشافعي : إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فَاسِدٌ ، فَافْسَدَ الْعَقْدُ ، كَالْوَشْرِطِ عَوْضًا فَاسِدًا . وقال مالكٌ : لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِرُكْنِ الْعَقْدِ ، وَلَا شَرْطِهِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ (٣) ، كَالصَّحِيحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » (٤) . وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لَهُ شَرَطُ نَفْعِهَا ، فَصَحَّ ، كَشَرْطِ اسْتِخْدَامِهَا ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لِحُلِّ وَطْئِهَا ، إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّهَا ، فَإِذَا اشْتَرَطَ (٥) عَلَيْهَا ، جَازَ ، كَالْخِدْمَةِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَشْنَى بَعْضَ مَا كَانَ لَهُ ، فَصَحَّ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِدْمَةِ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ مِلْكَهُ عَنْهَا .

فصل : فَإِنْ وَطِئَهَا مَعَ الشَّرْطِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا تَعْزِيرَ ، وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ يَمْلِكُهُ ، وَيُبَاحُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَطْأَهَا قَبْلَ كِتَابَتِهَا . وَإِنْ وَطِئَهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحَرَّمٌ ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، لَانْعِلَامِهِ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا عَنْ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ؛ / فَإِنَّهُمَا قَالَا : عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، فَأَوْجَبَ الْحَدَّ بِوَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، فَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا ، كَأَمْتِهِ الْمُسْتَأْجِرَةِ وَالْمَرْهُونَةِ ، وَتُخَالَفُ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ » (٦) . وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لَهَا (٧) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهَا الْمَمْنُوعُ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، فَكَانَ عَلَيْهِ عَوْضُهَا ، كَمَنَافِعِ بَدَنِهَا .

فصل : وَإِنْ أُولَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدِهَا ، سَوَاءً وَطِئَهَا بِشَرْطٍ أَوْ بِغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَتْ أُمٌّ وَلَدِهِ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَّبَةِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدَهُ مِنْ مَمْلُوكَتِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ لَذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ وَطِئٍ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ

(٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَقِيلٌ وَ » .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : « يَفْسُدُهُ » .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٣٠ / ٦ .

(٥) فِي م : « شَرْطُهُ » .

(٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ١٢٤ / ٩ ، ١٢٥ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

المَعْرُورِ ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : وليس له وطءٌ بِنَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِأُمِّهَا مَوْفُوقَةٌ مَعَهَا ، فَلَمْ يُبَحَّ وَطُوهَا كَأُمِّهَا ، وَلَا يُبَاحُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْكِتَابَةِ يَثْبُتُ^(٨) فِيهَا تَبَعًا ، وَلَمْ يَكُنْ وَطُوهَا مُبَاحًا حَالَ الْعَقْدِ بِشَرْطِهِ . فَإِنْ وَطَّعَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛^(٩) لِأَنَّهَا مِلْكُهَا^(١٠) ، وَيَأْتِي ، وَيُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فَرْجًا مُحَرَّمًا ، وَلَهَا الْمَهْرُ^(١١) ، حُكْمُهُ حَكْمُ كَسْبِهَا ، يَكُونُ لِأُمِّهَا تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ سَبَبُ حُرِّيَّتِهَا . وَإِنْ أَحْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدًا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا ؛ لِأَنَّ أُمًّا لَا تَمْلِكُهَا ، وَلَا قِيمَةً وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : وليس له وطءٌ جاريةً مُكَاتَّبَتِهِ وَلَا مُكَاتَّبَتِهِ اتِّفَاقًا ، فَإِنْ فَعَلَ أَثِمَ ، وَعُزِّرَ ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مَالَكُهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لِسَيِّدِهَا ، وَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ ، يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ لِشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، وَتَصِيرُ أُمًّا وَلَدًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا بِوَطْئِهِ عَنْ مِلْكِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا^(١٢) ، / وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَلْزَمَهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ بِوَطْئِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهَا ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْمَعْرُورِ .

فصل : وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ مُكَاتَّبَتِهِ وَلَا ابْتِنَتِهَا وَلَا أَمَتِهَا عَلَى التَّزْوِيجِ ؛ لِأَنَّهُ زَالِ مِلْكُهُ بَعْقِدِ الْكِتَابَةِ عَنْ نَفْعِهَا ، وَنَفْعُ بُضْعِهَا ، وَعَنْ عَوَضِهِ . وَلَيْسَ لَوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا التَّزْوِيجُ^(١٣) بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(١٤) ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لِلزَّوْجِ حَقًّا فِيهَا ، فَرُبَّمَا عَجَزَتْ ، وَعَادَتْ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ وَطْأَهَا . فَإِنْ تَرَاضِيََا بِذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَهُوَ

(٨) فِي م : « ثَبِت » .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(١٠) فِي م : « مَهْرٌ عَلَيْهِ » .

(١١) فِي ب ، م : « لِسَيِّدِهِ » .

(١٢) فِي الْأَصْلُ ، ب : « التَّزْوِيجُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « إِذْنٌ » .

وَلِيَّهَا وَلِيُّ ابْنَتِهَا وَإِذَا وَطِئَتْهُنَّ^(١٥) السَّيِّدُ .
 وَلِيَّهَا وَلِيُّ ابْنَتِهَا وَإِذَا وَطِئَتْهُنَّ^(١٥) السَّيِّدُ .

١٩٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ وَطِئَهَا ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَدَبٌ ، وَلَمْ يُنْلَعْ بِهِ حَدٌّ الزَّانِي ، وَكَانَ عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا)

وجملة الأمر أن السَّيِّدَ إِذَا وَطِئَ مُكَاتَّبَتَهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ عَالِمِينَ بِالتَّحْرِيمِ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلِينَ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، عَزَّرَ الْعَالِمُ وَعَزَّرَ الْجَاهِلُ . وَلَا يَخْرُجُ بِالْوَطْءِ عَنِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : إِنْ طَاوَعَتْهُ ، فَقَدْ فُسِّحَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ قَنًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْمُطَاوَعَةِ عَلَى الْوَطْءِ ، كَالْإِجَارَةِ ، وَالْبَيْعِ بَعْدَ لُزُومِهِ . فَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهَا ، أَكْرَهَهَا أَوْ طَاوَعَتْهُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ قَتَادَةُ : يَجِبُ إِذَا أَكْرَهَهَا ، وَلَا يَجِبُ إِذَا طَاوَعَتْهُ . وَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُطَاوَعَةَ بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَصَارَتْ كَالزَّانِيَةِ . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ وَجُوبُهُ فِي الْحَالَيْنِ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ ، وَقَالُوا : لَا يُعْرَفُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . وَلَنَا ، / أَنَّهُ عَوَضٌ مَنَفَعَتِهَا ، فَوَجَبَ لَهَا ، كَعَوَضِ بَدَنِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتَّبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا ، وَمَنَافِعُهَا لَهَا ، وَلِهَذَا لَوْ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ ، كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنَّمَا وَجَبَ فِي حَالِ الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ^(١) عَنْهُ لَشُبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَوَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ ، كَالْوِطْءِ أَمْرًا بِشُبْهِهِ عَقْدِ مُطَاوَعَةٍ . فَإِنْ تَكَرَّرَ وَطْئُهَا ، وَكَانَ قَدْ أَدَّى مَهْرَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ ، فَلِلثَّانِي مَهْرٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَطَعَ حُكْمَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ^(٢) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَدَّى عَنِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَنِ وَطْءِ الشُّبْهِةِ ، فَلَمْ يَكُنْ إِلَّا^(٣) «مَهْرٌ وَاحِدٌ»^(٣) ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ .

(١٤) في ب : « ذكرناه » .

(١٥) في م : « وطئها » .

(١) في م : « يسقط » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣-٣) في م : « مهرا واحدا » .

فصل : وإذا وَجِبَ لها المَهْرُ ، فإن كان لم يَحُلَّ عليها نَجْمٌ ، فلها الْمُطالَبَةُ به^(٤) . وإن كان قد حُلَّ عليها ، فبكان المَهْرُ من غير جنسِه ، فلها الْمُطالَبَةُ به^(٥) أيضًا . وإن كان من جنسِه ، تَقاصًا ، وأَخَذَ ذُو الفضْلِ فَضْلَه .

١٩٩٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فَهِيَ مُحْجِرَةٌ بَيْنَ الْعَجْزِ وَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ ، وَبَيْنَ الْمُضْيِ عَلَى كِتَابَتِهَا . فَإِنْ أَذْتُ عَتَقْتُ ، وَإِنْ عَجَزْتُ عَتَقْتُ بِمَوْتِهِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عَجْزِهَا انْعَقْتُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَيَسْقُطُ عَنْهَا مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، وَمَا^(١) فِي يَدِهَا لَوَرْتَةِ سَيِّدِهَا)

وجملته أن السَّيِّدَ إِذَا اسْتَوْلَدَ مُكَاتَبَتَهُ ، فالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَمْلُوكَتِهِ ، وَنَسَبُهُ لِأَحَقِّ بِهِ ؛ لِذَلِكَ^(٢) ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَلَا تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهَا ، وَقَدْ اجْتَمَعَ لَهَا سَبَبَانِ يَقْتَضِيَانِ الْعِتْقَ ، أَيُّهُمَا سَبَقَ صَاحِبَهُ ثَبَتَ حُكْمُهُ . هَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَاللَّيْثِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَكَمُ : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْعِتْقِ^(٣) ، فَتَبْطُلُ بِالْاِسْتِيلَادِ ، كَالْتَدْبِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا^(٤) عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا تَبْطُلُ بِالْوَطْءِ كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهَا سَبَبٌ لِلْعِتْقِ ، لَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ عَنْهُ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِذَلِكَ ، كَالْتَعْلِيقِ بِصِفَةٍ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٥) يَنْطُلُ بِالتَّعْلِيقِ بِالصِّفَةِ ، وَتَفَارِقُ / الْكِتَابَةَ التَّدْبِيرِ مِنْ وَجْهِهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ حُكْمَ التَّدْبِيرِ وَالْاِسْتِيلَادِ وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْعِتْقُ عَقِيبَ الْمَوْتِ ، وَالْاِسْتِيلَادُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِهِ بِحَالٍ ، فَاسْتُعْنِيَ بِهِ عَنِ التَّدْبِيرِ ، وَالْكِتَابَةُ سَبَبٌ يَتَعَجَّلُ بِهَا الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ ، وَيَكُونُ مَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا لَهَا ، وَيَمْلِكُ بِهَا مَنَافِعَهَا وَكَسْبُهَا ، وَتَخْرُجُ عَنْ

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) سقط من : ب .

(١) في الأصل بعد هذا : « بقي » .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « أنه » .

(٥) في الأصل ، م : « ذكره » .

تَصَرَّفَ سَيِّدُهَا ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالسَّيْلَادِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَبْقَى لِبَقَاءِ فَائِدَتِهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ أَقْوَى مِنَ التَّدْبِيرِ ، لِلزُّوْمِهَا ، وَكَوْنِهَا لَا تَبْطُلُ بِالرُّجُوعِ عَنْهَا ، وَلَا بِبَيْعِ الْمُكَاتِبِ وَلَا هَيْتِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ التَّدْبِيرَ تَبَرُّعٌ ، وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لِأَرْزَمٍ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهَا سَبَبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ ، فَأَيُّهُمَا تَمَّ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، ثَبَتَتِ الْحُرِّيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ؛ لِأَنَّ انْضِمَامَ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ مَعَ كَوْنِهِ لَا يُنَافِيهِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ . فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَقَّ بِالْكِتَابَةِ لَهُ مَا فَضَّلَ مِنْ نُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَرُدَّتْ فِي الرَّقِّ ، بَطَلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ لَهَا حُكْمُ السَّيْلَادِ مُنْفَرِدًا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُكَاتَبَةً ، وَلَهُ وَطُوعُهَا ، وَتَرْوِجُهَا ، وَإِجَارَتُهَا ، وَنَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوَرْتُهُ سَيِّدُهَا . وَإِذَا^(٦) مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ عَجْزِهَا ، انْعَتَقَتْ ، لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَتَسْقُطُ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ ، فَسَقَطَ الْعِوَضُ الْمُبْدُولُ فِي تَحْصِيلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهَا سَيِّدُهَا بِالْعَتَقِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوَرْتُهُ سَيِّدُهَا . فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَأَيُّ الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِحُكْمِ السَّيْلَادِ^(٧) ، وَيَطْلُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَ الْمُكَاتَبَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي « كِتَابِهِ » : مَا فَضَّلَ فِي يَدِهَا لَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ إِذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابَةِ ، لَا يُبْطِلُ حُكْمَهَا ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ نُجُومِ الْكِتَابَةِ ، وَلَئِنْ مَلَكَهَا كَانَ ثَابِتًا عَلَى مَا فِي يَدِهَا ، وَلَمْ يَحْدُثْ إِلَّا مَا يُزِيلُ / حَقَّ سَيِّدُهَا عَنْهَا ، فَيَقْتَضِي زَوَالَ حَقِّهِ عَنْ مَا فِي يَدِهَا ، وَتَقْرِيرَ مَلَكَهَا ، وَخُلُوصَهُ لَهَا ، كَمَا اقْتَضَى ذَلِكَ فِي نَفْسِهَا . وَهَذَا أَصَحُّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، عَتَقَتْ ، وَسَقَطَتْ كِتَابَتُهَا ، وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا . فِي قَوْلِ الْقَاضِي^(٨) وَمَنْ وَافَقَهُ^(٩) ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَقِيَاسُهُ أَنْ يَكُونَ لِسَيِّدِهَا ، كَمَا لَوْ عَتَقَتْ بِالسَّيْلَادِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى قَوْلِهِمْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَعْتَقَهَا بِرِضَاهُ ، فَيَكُونُ رِضَى مِنْهُ بِإِعْطَائِهَا مَالَهَا ، بِخِلَافِ الْعَتَقِ بِالسَّيْلَادِ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ رِضَى الْوَرْتَةِ وَاخْتِيَارِهِمْ ، وَلَئِنْ لَوْ كَانَ مَالُ الْمُكَاتِبِ يَصِيرُ لِلْسَّيِّدِ بِإِعْتَاقِهِ ، لَتَمَكَّنَ السَّيِّدُ مِنْ

(٦) فِي ب : « وَإِنْ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيلَاد » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَخَذَ مَالِ الْمَكَاتِبِ مَتَى شَاءَ، فَمَتَى كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي أَخْذِ مَالِهِ، إِمَّا لِكَثْرَتِهِ وَفَضْلِهِ عَنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ، وَإِمَّا لَغَرَضٍ لَهُ فِي بَعْضِ أَعْيَانِ مَالِهِ، أَعْتَقَهُ وَأَخَذَ مَالَهُ، وَهَذَا ضَرَرٌ عَلَى الْمَكَاتِبِ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ، وَلَا يَقْتَضِيهِ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُشْرَعَ.

فصل: وَإِنْ أَتَتْ بَوْلَدٍ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ اسْتِيلَادِهَا، فَلَهُ حُكْمُهَا فِي الْعَتَقِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَّيْنِ، أَيُّهُمَا سَبَقَ عَتَقَ بِهِ، كَالْأُمِّ، سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا، فَيُثْبِتُ لَهُ مَا يُثْبِتُ لَهَا. وَإِنْ مَاتَتِ الْمَكَاتِبَةُ، بَقِيَ لِلْوَلَدِ سَبَبُ الْاسْتِيلَادِ وَحْدَهُ. وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا، فَقَالَتْ: وَلَدْتُهُ بَعْدَ كِتَابَتِي، أَوْ بَعْدَ^(٩) وَلَادَتِي. وَقَالَ السَّيِّدُ: بَلْ قَبْلَهُ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: الْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ. وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ الْأُمَةِ وَلَدِهَا رَقِيقًا، لِسَيِّدِهِمَا^(١٠) التَّصَرُّفُ فِيهِمَا^(١١)، وَهِيَ تَدْعِي مَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ. وَإِنْ زَوَّجَ مُكَاتِبَهُ أَمَتَهُ، ثُمَّ بَاعَهَا مِنْهُ، وَاخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا، فَقَالَ السَّيِّدُ: هُوَ لِي؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ بَيْعِهَا لَكَ. وَقَالَ الْمَكَاتِبُ: بَلْ بَعْدَهُ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَكَاتِبِ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِلْكِهِ، وَيَدُ الْمَكَاتِبِ عَلَيْهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ/صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَيُفَارِقُ وَلَدَ الْمَكَاتِبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْعِي مِلْكَهُ.

فصل: إِذَا كَانَتِ الْأُمَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَكَاتَبَاها، ثُمَّ وَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا، أَدَبَ فَوْقَ آدَبِ الْوَاطِئِ لِمَكَاتِبَتِهِ الْخَالِصَةِ لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُنَا حَرَمٌ مِنْ وَجْهَيْنِ؛ الشَّرِكَةُ، وَالْكِتَابَةُ، فَهُوَ أَكْثَرُ، وَإِثْمُهُ أَعْظَمُ، وَأَدَبُهُ أَكْثَرُ، وَعَلَيْهِ لَهَا^(١٢) مَهْرٌ مِثْلُهَا، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ فِيهَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ وَاحِدًا. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلَّ نَجْمٍ، قَبَضَتْهُ^(١٣)، فَإِذَا حَلَّ نَجْمُهَا^(١٤)، سَلَّمَتْهُ إِلَيْهِمَا. وَإِنْ حَلَّ نَجْمُهَا^(١٤) وَهُوَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدَرِهِ، دَفَعَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَّأَهَا، وَاخْتَسَبَتْ عَلَى الْوَاطِئِ بِالْمَهْرِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ، وَكَانَ بِقَدَرِ نَجْمِهَا أَوْ دُونَهُ، أَخَذَتْ مِنَ الْوَاطِئِ نِصْفَهُ، وَسَلَّمَتْهُ إِلَى الْآخَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِ

(٩) فِي ب: «وَبَعْدَ».

(١٠) فِي أ، ب: «لِسَيِّدِهَا».

(١١) فِي ب: «فِيهَا».

(١٢) سَقَطَ مِنْ: م.

(١٣) فِي م: «قَبَضَتْ الْمَهْرَ».

(١٤) فِي م: «نَجْمُهَا».

مالِ الْكِتَابَةِ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَخْذِهِ عَوَضًا عَنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ كَانَ مِنْ جَنْسِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا ، قَبَضَتْهُ ^(١٥) وَدَفَعَتْ مَا ^(١٥) عَلَيْهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ عَوَضِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ عَجَزَتْ ، فَفَسَخًا ^(١٦) الْكِتَابَةِ ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدْرِ الْمَهْرِ ، أَخْذَهُ الَّذِي لَمْ يَطَأْ ، وَسَقَطَ ^(١٧) الْمَهْرُ مِنْ ذِمَّةِ الْوَاطِئِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ ، كَانَ لِلَّذِي لَمْ يَطَأْ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَاطِئِ بِنِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا . فَإِنْ حَبِلَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا لِشَرِكِهِ ، مَعَ نِصْفِ الْمَهْرِ الْوَاجِبِ لَهَا ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ . ^(١٨) هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، ذَكَرَ مِثْلَ ^(١٨) هَذَا فِي بَابِ الْعَتَقِ . فَعَلَى هَذَا ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لِلوَاطِئِ ، وَمُكَاتَّبَتُهُ لَهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ، وَتَكُونُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، ^(١٨) وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا بِمَا تُسَاوِي مُكَاتَّبَتَهُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا ^(١٩) مِنْ كِتَابَتِهَا ^(١٩) . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرْ الْإِحْبَالُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتِقَاقِ بِالْقَوْلِ ، يُعْتَبَرُ الْيَسَارُ فِي سِرَايَتِهِ ، وَنَصِيبُ الْوَاطِئِ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَحُكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَنَصِيبُ شَرِكِهِ لَمْ يَثْبُتْ / ^{٢٣١/١١} لَهُ إِلَّا حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ ، وَبَطَلَ حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخًا الْكِتَابَةَ ، ثَبَتَ لِنِصْفِهَا حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنِصْفُهَا قِنْ ، لَا يَقُومُ عَلَى الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتِقٍ . وَإِنْ مَاتَ الْوَاطِئُ قَبْلَ عَجْزِهَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَسَقَطَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ فِيهِ ، وَكَانَ الْبَاقِي مُكَاتَّبًا . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا ، فَقَدْ ثَبَتَ لِنِصْفِهَا حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنِصْفُهَا الْآخَرُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَلَا وَهْلَ لَهَا ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخًا ^(٢٠) الْكِتَابَةَ ، قَوَّمْنَاهَا حِينَئِذٍ عَلَى الْوَاطِئِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى شَرِكِهِ قِيمَةُ نَصِيبِهِ ، وَتَصِيرُ ^(٢١) جَمِيعُهَا ^(٢٢) أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهَا لَهُ .

(١٥-١٥) فِي م : « وَدَفَعَتْهُمَا » .

(١٦) فِي أ : « فَسَخَتْ » . وَفِي ب ، م : « فَسَخَا » .

(١٧) فِي ب : « وَيَسْقُطُ » .

(١٨-١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٠) فِي ب : « فَسَخَتْ » .

(٢١) فِي أ : « وَتَصِيرُهَا » . وَفِي الْأَصْلِ ، ب : « وَمَصِيرُهَا » .

(٢٢) فِي أ : « جَمِيعًا » .

وهذا مذهب الشافعي . وله قول آخر ، أنها تقوم على الموسر ، وبطل الكتابة في نصف الشريك ، وتصير جميعها أم ولد ، ونصفها مكاتباً للواطئ ، فإن أدت نصيبه إليه ، عتقت ، وسرى إلى الباقي ؛ لأنه ملكه ، وعتق جميعها ، وإن عجزت ، ففسخ الكتابة ، كانت أم ولده خاصة ، فإذا مات ، عتقت كلها . ولنا ، أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك موسراً ، يحقق هذا ، أن الولد حاصل من جميعها ، وهو كله من الواطئ ، ونسبه لأحق به ، فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ، ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف ، على ما بينا من قبل . ولنا ، على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم ، أنها ^(٢٣) عقد لازم ^(٢٤) ، فلا ^(٢٥) تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهي في ملكه ، أو كما ^(٢٦) لو لم تحبل منه ، فأما الولد ، فإنه حر ؛ لأنه من وطء فيه شبهة ، ونسبه لأحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه . وروى / عن أحمد ، في هذا ٢٣٢/١١ وروايتان ؛ إحداهما ، لا تجب قيمته ؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق ، وفي تلك الحال لم تكن له قيمة ، فلم يضمه . والثانية ، عليه نصف قيمته ؛ لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته . قال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر ، واختار أنها إن وضعت بعد التقويم ، فلا شيء على الواطئ ، وإن وضعت قبل التقويم ، غرم نصف قيمته . فإن ادعى الواطئ الاستبراء ، وأثت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء ، لم يلحق به ، ولم يصير أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها ، وإن أثت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء ، ألحق ^(٢٧) به ، كما لو كان قبل الاستبراء ؛ لأننا بينا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

فصل : وإن وطئها جميعاً ، فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها . فإن كانت

(٢٣-٢٤) في الأصل ، ب : « غير لازمة » .

(٢٤) في أ : « ولا » .

(٢٥) في ب ، م : « وكا » .

(٢٦) في ب ، م : « لحق » .

في الحالين على صفة واحدة ، فهما سواء في الواجب عليهما ، وإن كانت بكرًا حين وطئها الأول ، فعليه مهر بكر ، وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نكحها لم يحل ، فلها مطالبتهم بالمهرين ، وإن كان النكح قد حل ، وهو من جنس المهر ، تقاصًا ، على ما ذكرنا في المقاصة . فإن أدت إليهما ، عتقت ، وكان لها^(٢٧) المطالبة بالمهرين . وإن عجزت عن نفسها ، وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين ، لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء ؛ لأنها قبضتھما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا في يدها اقتسماهما^(٢٨) ، وإن تلفا أو بعضهما ، فلا شيء لهما^(٢٩) ؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين ، وهما سواء ، / سقط عن كل واحد ما عليه ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ، تقاصً منهما^(٣٠) بقدر أقلهما ،^(٣١) ويرجع من عليه أقلهما^(٣٢) على الآخر ينصف الزيادة ، وإن قبضت^(٣٣) من أحدهما دون الآخر ، رجع المقبوض منه على الآخر ينصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر ، رجع من قبض منه الأكثر على الآخر ينصف الزيادة التي أداها . وإن أفضاها أحدهما بوطئه ، فعليه لها ثلث قيمتها ؛ لأن الإفضاء في الحرية يوجب ثلث ديتها ، فيوجب^(٣٤) في الأمة ثلث قيمتها مع المهر^(٣٥) . ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها . وقال القاضي : تلزمه قيمتها . وهو مذهب الشافعي . والخلاف في ذلك فرغ على الواجب في إفضاء الحرية . وقد ذكرناه^(٣٥) . فإن فسخت الكتابة ، رجع من لم يفضيها على الآخر ينصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف الذي ذكرناه . فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر ، أنه الذي أفضاها ، أو وطئها ، حلف كل واحد منهما ، وبرئ . وإن

ظ ٢٣٢/١١

(٢٧) في ب ، م : « لهما » .

(٢٨) في الأصل ، ا : « اقتسماها » .

(٢٩) في الأصل : « لها » .

(٣٠) في م : « منها » .

(٣١-٣٢) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٢) في م زيادة : « البعض » .

(٣٣) في م : « فوجب » .

(٣٤) في ب ، م زيادة : « فصل » .

(٣٥) تقدم في : ١٧١/١٢ ، ١٧٢ .

نَكَلَ أَحَدُهُمَا ، فَضَيَّ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ قَبْلَ عَجْزِهَا ، فَادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ ادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، لَمْ تَسْمَعْ الدَّعْوَى .

فصل : فَإِنْ أَوْلَدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَاتَّفَقَا عَلَى السَّابِقِ مِنْهُمَا ، فَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَلَوْلَدُهُ حُرٌّ ، لِأَحِقِّ النَّسَبِ بِهِ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ ، كَالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا انْفَرَدَ بِإِيلَادِهَا ، سَوَاءً . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، قَدْ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ بِشَبْهَةٍ^(٣٦) ، وَأَوْلَدَهَا ، فَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهَا ثُمَّ أَوْلَدَهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا^(٣٧) ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَبْطُلْ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ، لِأَنَّهُ وَطِئَ شَبْهَةً ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ / قَوَّتْ رِقَّةَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا لَهُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ^(٣٨) ، فَتَلَزَمَتْ قِيمَتُهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي وُجُوبِ نَصْفِ قِيمَةِ الْأَوَّلِ خِلَافًا ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِهَا ، تَقَاصًا^(٣٩) بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٤٠) مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي تَسَاوَىا فِيهِ ، وَيَرْجِعُ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالٍ أَمَكَّنَ التَّقْوِيمَ فِيهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةَ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مُوسِرَيْنِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى الثَّانِي لِلأَوَّلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالْاِسْتِيلَادِ ، وَمَهْرُ الْمُكَاتَبَةِ لَهَا دُونَ سَيِّدِهَا ، وَلِأَنَّ سَيِّدَهَا لَوْ وَطِئَهَا وَجَبَ^(٤١) عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، فَلِأَنَّ لَا يَمْلِكُ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ عَوِضُ نَفْعِهَا ، فَكَانَ لَهَا ، كَأَجْرَتِهَا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ مُوسِرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا ، فَيَكُونُ كَالْحَالِ الَّذِي قَبْلَهُ ، سَوَاءً . قَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنْ وَلَدَهُ يَكُونُ مَمْلُوكًا ؛ لِإِعْسَارِهِ بِقِيمَتِهِ . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَرِيقُ لِإِعْسَارِ وَالِدِهِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الْمَعْرُورِ مِنْ أُمِّهِ ، وَالْوِطْئِ^(٤٢) بِشَبْهَةٍ^(٤٣) . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِحُرِّيَةِ الْوَلَدِ^(٤٤) ، لَا يَخْتَلِفُ بِالْإِعْسَارِ

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « لَشَبْهَةٍ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « أُمَّتُهُ » .

(٣٩-٣٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « بِمَا لَوَاحِدٍ » . وَفِي أ : « فَالْوَاحِدُ » .

(٤٠) فِي م : « لَوْجِبَ » .

(٤١) فِي م : « وَالْوِطْءُ » .

(٤٢) فِي أ ، ب : « لِلشَّبْهَةِ » .

(٤٣) فِي ب : « الْأَوَّلُ » .

واليسار ، وإنما يُعْتَبَرُ^(٤٤) اليسارُ في سرَاية العنق ، وليس عُنُقُ هذا بطريق السَّرَاية ، إنما هو لأجل الشُّبْهَةِ في الوَطءِ ، فلا وَجْهَ لاعتبارِ اليسارِ فيه ، والصَّحِيحُ أَنَّهُ حُرٌّ ، وَجِبَ قِيمَتُهُ في ذِمَّةِ أَبِيهِ . الحال الثالث ، أن يكونَا مُعْسِرَيْنِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لهما^(٤٥) جميعًا ، نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، وَنِصْفُهَا^(٤٦) أُمُّ وَلَدٍ^(٤٦) للثاني . قال : وعلى كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ مَهْرِهَا الصَّاحِبِ ، وفي وَلَدٍ كُلِّ واحدٍ منهما وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، أن^(٤٧) يكونَ كُلُّهُ حُرًّا ، وفي ذِمَّةِ أَبِيهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَشَرِيكِهِ . والثاني ، نِصْفُهُ حُرٌّ ، وبِاقِيهِ عَبْدٌ لَشَرِيكِهِ ، إِلَّا أَنْ نِصْفَ وَلَدٍ/الأَوَّلِ عَبْدٌ قِنْ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلنِّصْفِ الْبَاقِي مِنَ الْأُمِّ ، وَأَمَّا النِّصْفُ الْبَاقِي مِنَ وَلَدِ الثَّانِي ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ مِنْهَا بَعْدَ أَنْ ثَبَتَ لِنِصْفِهَا حُكْمُ الاسْتِيلَادِ لِلأَوَّلِ ، فَكَانَ نِصْفُهُ الرَّقِيقُ تَابِعًا لَهَا فِي ذَلِكَ . وَلَعَلَّ الْقَاضِيَّ أَرَادَ مَا إِذَا عَجَزَتْ ، وَفَسَخَتِ الْكِتَابَةَ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بَاقِيَةً عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّ لَهَا الْمَهْرَ كَامِلًا عَلَى كُلِّ واحدٍ منهما ، وَإِذَا حُكِمَ بِرِّقٍ نِصْفَ وَلَدِهَا ، وَجِبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ حُكْمُهَا^(٤٨) فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبَةِ يَكُونُ تَابِعًا لَهَا . الحال الرابع ، أن يكونَ الأَوَّلُ مُعْسِرًا وَالثَّانِي مُوسِرًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الثَّالِثِ ، سَوَاءً ، إِلَّا أَنْ وَلَدَ الثَّانِي حُرٌّ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَبَتَتْ لِنِصْفِهِ بِفِعْلِ أَبِيهِ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَسَرَى إِلَى جَمِيعِهِ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَشَرِيكِهِ ، وَلَمْ يُقَوِّمْ عَلَيْهِ^(٤٩) الْأُمُّ ؛ لِأَنَّ نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ . وَلَوْ صَحَّ هَذَا ، لَوَجِبَ أَنْ لَا يُقَوِّمَ عَلَيْهِ نِصْفُ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي هَذَا ، فَإِذَا مَنَعَ حُكْمُ الاسْتِيلَادِ السَّرَايَةَ فِي الْأُمِّ ، مَنَعَهُ فِيمَا هُوَ تَابِعٌ لَهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرَ الْقَاضِي .

فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، فادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما أَنَّهُ السَّابِقُ ، فعلى

(٤٤) في الأصل : « اعتبر » .

(٤٥) في م : « لها » .

(٤٦-٤٧) سقط من : ١ ، ب .

(٤٧) سقط من : الأصل . وفي ب : « أنه » .

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سقط من : ب .

قَوْلُنَا ، لها^(٥٠) المَهْرُ على كُلِّ واحدٍ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقَرُّ لصاحبه بِنِصْفِ قِيَمَةِ الجارية ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ : ^(٥١) « صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي ، بِإِحْبَالِي إِيَّاهَا ، وَوَجِبَ لَشْرِيكِ عَلَى نِصْفِ قِيَمَتِهَا ، وَلِي عَلَيْهِ قِيَمَةُ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ ^(٥٢) : أَوْلَدْتُهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي . وَهَلْ يَكُونُ مُقَرَّرًا لَهُ بِنِصْفِ قِيَمَةِ وَلَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا . فَعَلِي هَذَا ، إِنْ اسْتَوَى مَا يَدْعِيهِ وَمَا يُقَرُّ بِهِ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ^(٥٣) ، وَلَا يَمِينَ ^(٥٤) لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٥٥) عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ : لِي عَلَيْكَ مِثْلُ مَا لَكَ عَلَيَّ . وَالْجِنْسُ وَاحِدٌ ، فَتَسَاقُطًا ، وَإِنْ زَادَ مَا يُقَرُّ بِهِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ خَصَّمَهُ يُكْذِبُهُ فِي إِقْرَارِهِ . وَإِنْ زَادَ مَا يَدْعِيهِ ، فَلَهُ الْيَمِينُ عَلَى صَاحِبِهِ فِي الزِّيَادَةِ ، وَيُثْبِتُ / ^(٥٦) « لِلْأُمَةِ حُكْمُ » ^(٥٧) الْعِتَقِ فِي نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَوْتِهِ ؛ ٢٣٤/١١

لِإِقْرَارِهِ بِذَلِكَ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى شَرِيكِهِ فِي إِعْتَاقِ نَصِيبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِي الْأُمَةِ قَوْلَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ^(٥٨) « يُقَرَّرُ بَيْنَهُمَا ، فَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِمَنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ لَهُ . وَالثَّانِي ، تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِحُمَا ، وَلَا يَطُوُّهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . قَالَ : وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ . وَأَمَّا الْقَاضِي فَاخْتَارَ أَنََّّهُمَا إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْمَهْرَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيُقَرَّرُ لَهُ بِنِصْفِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ عِنْدَهُمْ لِسَيِّدَاتِهَا دُونَهَا ، وَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهَا بِمَوْتِ الْأَوَّلِ ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْآخِرِ ، وَإِذَا ^(٥٩) « مَاتَ الْآخَرُ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهَا قَدِمَاتٌ يَقِينًا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرَّرُ ^(٦٠) « بِأَنَّهُ نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُصَدَّقُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ لَا يَسْرَى مَعَ الْإِعْسَارِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرَّرُ لَصَاحِبِهِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَالْآخَرُ يُصَدَّقُ ، فَيَتَقَاصَانِ إِنْ تَسَاوَيَا ، وَإِنْ فَضَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْفَضْلَ ، تَحَالَفَا وَسَقَطَ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرَّرُ لِلْآخَرِ بِالْفَضْلِ ،

(٥٠) فِي ب : « أَنْ » .

(٥١-٥٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥٣-٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(٥٤-٥٥) فِي الْأَصْلِ : « لِلْأُمِ » .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٦) فِي م : « وَأَمَّا إِذَا » .

(٥٧) فِي م : « مَقَر » .

سَقَطَ ؛ لَتَكْذِيبِ الْمُقَرَّرِ لَهُ بِهِ . وَفِي الْوَلَدِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ حُرًّا ، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعَى عَلَى ^(٥٨) الْآخَرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، نِصْفُهُ حُرٌّ ، فَيُقَرَّرُ بَأَنَّ نِصْفَ الْوَلَدِ مَمْلُوكٌ لَشَرِيكَهِ ، فَيَكُونُ الْوَلَدَانِ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَتَقَاصَّانِ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ ، وَلَا يَمِينُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَأَيُّهُمَا مَاتَ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ يُقَرَّرُ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ ^(٥٩) قِيَمَةِ الْأُمَةِ ، وَنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ^(٥٩) ، وَيَدْعَى عَلَيْهِ جَمِيعُ الْمَهْرِ ، وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ ، وَالْمُعْسِرُ يُقَرَّرُ لِلْمُوسِرِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ الْمُوسِرِ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَدْعِيهِ ، وَلَا يُصَدِّقُهُ فِيهِ ، وَيَتَقَاصَّانِ بِالْمَهْرِ ؛ لِأَسْتَوَائِهِمَا فِيهِ ، وَيُدْفَعُ الْمُعْسِرُ إِلَى الْمُوسِرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَأَقْرَلَهُ بِنِصْفِهَا ، وَيَحْلِفُ لَهُ الْمُوسِرُ عَلَى نِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمُعْسِرُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْجَارِيَةُ ، فَإِنَّ نَصِيبَ الْمُوسِرِ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ ، بَغِيرِ خِلَافٍ بَيْنَهُمَا فِيهِ ، وَبَاقِيهَا يَتَنَازَعَانِ ؛ فَإِنْ مَاتَ الْمُوسِرُ أَوَّلًا ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَوَرَثَتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ بَاقِيهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْسِرُ أَوَّلًا ، لَمْ يَعْتَقِ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوسِرُ ، عَتَقَ جَمِيعُهَا . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَيْ بَكْرٍ ، أَنَّ يُقَرَّرَ بَيْنَهُمَا فِي النِّصْفِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ وَطَّئَهَا مَعًا ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ لَا يُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ ^(٦٠) مِنْ وَاحِدٍ ^(٦٠) مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا مِنْهُمَا ، أَوْ بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ وَطَّئَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطَّئَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْوَلَدَ مَنْفِيُّ عَنْهُمَا ، وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِهَمَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي الْعَتَقِ بِأَدَائِهَا . وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْاسْتِبْرَاءَ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ فِي الْأُمَةِ كَاللِّعَانِ فِي الْحُرَّةِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِهِمَا بَعِيْنُهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيْمَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْ

(٥٨) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٥٩-٥٩) م ، « : الْمَهْرُ وَنِصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَنِصْفُ مَهْرِهَا » .

(٦٠-٦٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ أَحَدٍ » . وَفِي ب : « الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ » .

أَحَدُهُمَا بَعَيْنُهُ ؛ مِنْ وَجُوبِ الْمَهْرِ لَهَا ، وَقِيَمَةِ نَصْفِهَا لِشَرِيكِه ، مَعَ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ .
وَأَمَّا الَّذِي لَمْ تَحْبَلْ مِنْ وَطْئِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ ^(٦١) هُوَ الثَّانِي ،
فَقَدْ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ بَاقِيَةً ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا أَيْضًا ، وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ
قَدْ فُسِّحَتْ ، فَالْمَهْرُ لِلَّذِي اسْتَوْلَدَهَا ، وَقَدْ وَجَبَ لِلثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ نِصْفُ قِيَمَتِهَا . وَفِي
^(٦٢) قِيَمَةِ نِصْفِ الْوَلَدِ رَوَايَتَانِ . فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لِلأَوَّلِ ، تَقَاصًا / بَقْدَرِ أَقْلِ الْحَقِّينِ ، ٢٣٥/١١ و
وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، رَجَعَ بِحَقِّهِ عَلَى الَّذِي أَحْبَلَهَا . وَأَمَّا الْقَاضِي ، فَقَالَ فِي هَذَا الْقِسْمِ :
الْحُكْمُ فِي الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالْوَطْءِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ وَالتَّطْوِيلِ .
وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ وَلَادَتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِكَوْنِهَا أُمُّ
وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، فَعَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، فَإِنْ كَانَ فَسَخَ الْكِتَابَةَ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَعَجْزِهَا ، فَالْمَهْرُ لَهُ ؛
لَأَنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَفْسَخْ ، فَالْمَهْرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ زَوَالِ الْكِتَابَةِ
فِي حَقِّهِ ، وَقَبْلَ الْحُكْمِ بِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا قَبْلَ لَهُ ،
وَعَلَيْهِ النِّصْفُ لَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَوَّلُ فَسَخَ الْكِتَابَةَ ، أَوْ لَهُ إِنْ كَانَ فَسَخَ . وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
مُعْسِرًا ، فَتَنْصِيبُهُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَلَهَا عَلَيْهِمَا الْمَهْرَانِ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَجَزَتْ أَوْ أَدَّتْ ،
قَدْ تَقَدَّمَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الثَّانِي ، فَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا وَطِئَ
مُنْفَرِدًا فَلَمْ يُحْبَلْهَا . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِه عِنْدَ الْعَجْزِ ؛
فَإِنْ فَسَخَا الْكِتَابَةَ ، قُوِّمْنَا عَلَيْهِ ، وَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ رَضِيَ الثَّانِي بِالْمُقَامِ عَلَى
الْكِتَابَةِ ، قُوِّمْنَا عَلَيْهِ نَصِيبَ الْأَوَّلِ ، وَصَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَنِصْفُهَا مُكَاتَّبٌ ،
وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .
وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، فَيَتَقَاصَّانَ بِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَلَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ
الثَّانِي مُعْسِرًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٦١) كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنَ الْأَوَّلِ وَكَانَ مُعْسِرًا ، لَا فَضْلَ بَيْنَ
الْمُسْأَلَتَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، إِنْ ^(٦٣) أُمِّكُنْ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَيُلْحَقُ بِمَنْ أَحَقُّوهُ بِهِ مِنْهُمَا ، فَمَنْ أَحَقَّ بِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ عُرِفَ أَنَّهُ
مِنْهُ بِغَيْرِ قَافَةٍ .

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢-٦٢) في ب : « نصف قيمة » .

(٦٣) سقط من : أ ، ب ، م .

٢٣٥/١١ ظ ١٩٩١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَاتِبٌ نَصَفَ / عَبْدٌ ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ،

وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ ، صَارَ نَصْفُهُ ^(١) حُرًّا بِالْكِتَابَةِ ، إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُعْسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، وَصَارَ نَصْفُ قِيمَتِهِ عَلَى الَّذِي كَاتَبَهُ لِشَرِيكَهِ)

وجملته أن الرجل إذا كان له نصف عبد ، كانت له مكاتبته ، وتصح منه ، سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً غيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخرقى ، وأبى بكر ، وقول الحكم ، وابن أبي ليلى . وحكى ذلك عن الحسن البصري ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والعمري . وكره الثوري ، وحماذ ، كتابته بغير إذن شريكه . وقال الثوري : إن فعل ردّته ، إلا أن يكون نَفَدَه ، فيضمن لشريكه نصف ما في يده . وقال أبو حنيفة : تصح بإذن الشريك ، ولا تصح بغير إذن . وهذا أحد قولي الشافعي . إلا أن أبا حنيفة قال : إذنه ^(٢) فيما مضى ^(٣) في ذلك ، يقتضي الإذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ، ولا يرجع الآذن بشيء منه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يكون جميعه مكاتباً . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : إن كان باقيه حراً ، صحّت كتابته ، وإن كان باقيه ملكاً ، لم تصح كتابته ، سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن ؛ لأن كتابته تقتضي إطلاقه في ^(٤) الكسب والمُسافرة ، وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات ؛ لأنّ يصير كسباً له ^(٥) ، ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه ، فيؤدي إلى أن يؤدي نصف كتابته ، ويعتق جميعه . ولنا ، أنه عقد معاوضة على نصيبه ^(٦) ، فصحّ كبيعته ، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته ، فصحّت كتابته ، كما لو ملك جميعه ، ولأنه ينفذ إعتاقه ، فصحّت كتابته ، كالعبد الكامل ، وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي ، أو أذن فيه الشريك عند الباقرين . وقولهم : / إنّه يقتضي المُسافرة ، والكسب ، وأخذ الصدقة . قلنا : أمّا المُسافرة فليست من المُقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا

٢٣٦/١١

(١) سقط من : ب ، م .

(٢-٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في ب ، م زيادة : « رد » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) في ب ، م : « نصفه » .

يَمْنَعُ أَصْلَ الْعَقْدِ ، وَأَمَّا الْكَسْبُ وَأَخَذَ الصَّدَقَةَ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ^(٦) كَسْبُهُ وَأَخْذُهُ الصَّدَقَةَ بِجُزْئِهِ الْمُكَاتَبِ^(٧) ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكَ شَيْئًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ بِالْجُزْءِ الْمُكَاتَبِ ، وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيكِ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ فِيمَا حَصَلَ بِهِ ، كَمَا لَوْ رِثَ شَيْئًا بِجُزْئِهِ الْحُرِّ . وَأَمَّا الْكَسْبُ ، فَإِنْ هَيَّأَهُ مَالِكٌ نَصْفَهُ ، فَكَسَبَ فِي نَوَيْتِهِ شَيْئًا ، لَمْ يُشَارِكْ فِيهِ أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ يُهَيِّئْهُ ، فَكَسَبَ بِجُمْلَتِهِ شَيْئًا ، كَانَ بَيْنَهُمَا لَهُ بِقَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْجُزْءِ الْمُكَاتَبِ ، وَلَسَيِّدُهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بِجُزْئِهِ الْمَمْلُوكِ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَسَبَ قَبْلَ كِتَابَتِهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ سَيِّدِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ يُؤَدَّى بَعْضُ الْكِتَابَةِ ، فَيَعْتَقُ جَمِيعُهُ . قُلْنَا : يَنْطَلُ هَذَا بِمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ نَصِيبَهُ عَلَى أَدَاءِ مَالٍ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّى عَوَضَ^(٨) الْبَعْضِ ، وَيَعْتَقُ الْجَمِيعُ . عَلَى أَنَّنَا نَقُولُ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ هُوَ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ مَالِكٌ نَصْفَهُ^(٩) ، وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعُهَا ، وَلَئِنَّهُ لَا يَعْتَقُ الْجَمِيعُ بِالْأَدَاءِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُ الْجُزْءَ الْمُكَاتَبِ لَا غَيْرُ ، وَبَاقِيهِ إِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَعْتَقُ بَاقِيَهُ^(١٠) ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ بِالسَّرَايَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(١١) هَذَا ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ بَعْضَهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَإِذَا جَازَ عَتَقَ^(١٢) جَمِيعَهُ بِإِعْتِقَاقِ بَعْضِهِ بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ ، جَازَ ذَلِكَ فِيمَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَتَقِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ ، لَمْ تَسِرِ الْكِتَابَةُ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ الْجُزْءُ الَّذِي كَاتَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يَسِرْ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى مُكَاتَبَتِهِ شَيْئًا حَتَّى يُؤَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ مِثْلَهُ ، سَوَاءٌ أَذِنَ الشَّرِيكَ فِي كِتَابَتِهِ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَذِنَ فِي كِتَابَةِ نَصِيبِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَاقِيًا لَهُ ، وَلَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا / فِي الْكِتَابَةِ . هَذَا إِذَا كَانَ الْكَسْبُ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ أَدَّى ٢٣٦/١١ ظ

الْكِتَابَةَ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، لَمْ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ تَقْتَضِي الْعَتَقَ بِبَرَاءَتِهِ مِنْ

(٦) فِي ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(٧) فِي ب ، م : « بِالْمُكَاتَبَةِ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(١٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

العوضي ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له . وإن أدى إليهما جميعاً ، عتق كله ؛ لأن نصفه يعتق بالأداء ، فإذا عتق^(١٣) ، سرى إلى سائرِهِ ، وإن كان الذي كاتبه موسراً ؛ لأن عتقه بسبب من جهته ، فلزمته قيمته ، كما لو باشره بالعتق^(١٤) ، أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة ، فعتق بها ، ويرجع الشريك على المكاتب ينصف قيمته ، كما لو باشره بالعتق^(١٥) . فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب ، مثل أن هأياه سيده ، فكسب شيئاً في ثوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه في كتابته ؛ لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة ، فأشبهه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه . ولو كان ثلثه حراً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئه الحر ميراثاً ، وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب ، فله دفع ذلك كله في كتابته ؛ لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالكه منه شيئاً . وإذا أدى جميع كتابته ، عتق ، فإن^(١٥) كان الذي كاتبه موسراً ، لم يسر العتق ، ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء ، فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب ، وإن كان موسراً ، سرى إلى باقيهِ .

فصل : وإذا كان العبد كله ملكاً للرجل ، فكاتب بعضه ، جاز . قاله أبو بكر ؛ لأنها معاوضة ، فصحت في بعضه ، كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته ، عتق كله ؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره ، فإلى ملكه أولى ، ويجب أن يؤدي إلى سيده مثل كتابته ؛ لأن نصف ما يكسبه / يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدي في الكتابة^(١٦) ، إلا أن يرضى^(١٧) سيده بتأديته^(١٨) الجميع في الكتابة ، فيصح ، فإذا استوفى المال كله ، عتق نصفه بالكتابة ، وباقيه بالسراية .

و ٢٣٧/١١

(١٣) في الأصل ، ب : « أعتق » .

(١٤ - ١٤) سقط من : ب . نقل نظر . وفي الأصل : « ولو علق » . إلخ .

(١٥) في م : « فإذا » .

(١٦) في الأصل : « كتابة » .

(١٧) في الأصل : « يتردى » .

(١٨) في ١ ، ب ، م : « بتأدية » .

فصل : وإذا كان العبد لِرَجُلَيْنِ ، فكاتباه معاً ، جاز^(١٩) ، سواء^(٢٠) تساوى في العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما^(٢١) فيه أو اختلف ، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضل في المال مع التساوي في الملك ، ولا^(٢٢) التساوي في المال مع^(٢٣) التفاضل في الملك ؛ لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ، ثم عجز ، رجع عليه الآخر بذلك . ولنا ، أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ، فجاز أن يختلفا في العوض ، كالبيع^(٢٤) . وما ذكروه لا يلزم ؛ لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله ، فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوي ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين ، فلم يكن أحدهما منتفعاً إلا بما يقابل ملكه ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق ، كأنه لم يزل . فإن قيل : فالتساوي في الملك يقتضى التساوي في أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ، ويسرى إلى نصيب صاحبه ، ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته . قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة ، فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة ، في نجمين ، في كل نجم خمسون^(٢٥) ، ويكاتب الآخر على مائتين ، في نجمين ، في النجم^(٢٦) الأول خمسون . وفي الثاني مائة وخمسون^(٢٧) ، ويكون وقتهما واحداً^(٢٨) ، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه ، على أن أصحابنا قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر مادام / مكاتباً . فعلى هذا القول ، لا^(٢٩) ٢٣٧/١١ ظ يُفضى إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه ، فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : « نصيبهما » .

(٢٢) في م : « ولأن » .

(٢٣) في م : « منع » .

(٢٤) في الأصل : « في البيع » .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٦) سقط من : ١ ، ب .

يُحْلُ بِمَقْصُودِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ بِهَا . وَيُمْكِنُ وَجُودُ سِرَايَةِ الْعِتْقِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، بَأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ عَلَيْهِ ، غَرِمَ لَشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَسَلَّمْ لَهُ بَاقِيَ الْمَالِ ، وَحَصَلَ لَهُ وَلَاءُ الْعَبْدِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا . ثُمَّ لَوْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَكِنْ قَدْ رَضِيَ بِهِ ^(٢٧) حِينَ كِتَابَتِهِ عَلَى أَقَلِّ مِمَّا كَاتَبَهُ بِهِ شَرِيكُهُ ، وَالضَّرَرُ الْمَرَضِيُّ بِهِ ^(٢٨) مِنْ جِهَةِ الْمَضْرُورِ لَا عِبْرَةَ بِهِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهُ ^(٢٩) بِالْعِتْقِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيَسْرِى عِتْقُهُ ، وَيَغْرَمُ لَشَرِيكِهِ ، وَهُوَ جَائِزٌ ، فَهَذَا أَوْلَى بِالْجَوَازِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَا فِي التَّنَجِيمِ ، وَلَا فِي أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا فِي التَّجُومِ قَبْلَ التَّنَجِيمِ الْأَخِيرِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُودَى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى السَّوَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بِالْأَدَاءِ عَلَى الْآخَرِ ، وَاخْتِلَافُهُمَا فِي مِيقَاتِ التَّجُومِ ، وَقَدَرِ الْمُودَى فِيهِمَا ، يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُعَجَّلَ لِمَنْ تَأَخَّرَ نَجْمُهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَيُعْطَى مَنْ قَلَّ نَجْمُهُ أَكْثَرُ مِنَ الْوَاجِبِ لَهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَحَدُهُمَا فِي الدَّفْعِ إِلَى الْآخَرِ قَبْلَهُ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُنْظَرَهُ مَنْ حَلَّ نَجْمُهُ ، أَوْ يَرْضَى مَنْ لَهُ الْكَثِيرُ بِأَخْذِ دُونَ حَقِّهِ ، وَإِذَا أُمِكنَ إِفْضَاءُ الْعَقْدِ إِلَى مَقْصُودِهِ ، فَلَا تُبْطَلُهُ بِاحْتِمَالِ عَدَمِ الْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ .

فصل : وليس للمكاتب أن يُودَى إلى أَحَدِهِمَا أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ ، وَلَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِيهِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، وَحَقُّهُمَا مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي يَدِهِ تَعَلُّقًا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْصَّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ دُونَ الْآخَرِ ، وَلَأَنَّهُ رَبَّمَا عَجَزَ ، فَيَعُودُ إِلَى الرَّقِّ ، وَيَتَسَاوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، فَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْفَضْلِ بَعْدَ انْتِفَاعِهِ بِهِ مُدَّةً . فَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ ، وَالْآخَرُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ ^(٢٩) حِصَّتَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنْ أَذِنَ فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ الْمُرْتَهَنُ لِلرَّاهِنِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ ^(٣٠) قَبْلَ تَوْفِيقِهِ ثَمَنِهِ ، أَوْ أَذِنَا لِلْمُكَاتِبِ فِي التَّبَرُّعِ ، وَلَأَنَّهُمَا لَوْ أَذِنَا لَهُ فِي

و ٢٣٨/١١

(٢٧-٢٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٨) في الأصل : « بَاشَر » .

(٢٩) في ب ، م : « مِنْ » .

(٣٠) في ب ، م : « الْبَيْع » .

الصَّدَقَةِ بِشَيْءٍ ، صَحَّ قَبْضُ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِ ، كَذَلِكَ هُنَا . والثاني ، لا يجوز . وهذا
اِخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، ومذهبُ أبي حنيفة ، وأحدُ قَوْلِي الشافعي ، واختيارُ الْمُزْنِي ؛ لِأَنَّ مَا فِي
يَدِ الْمُكَاتَبِ مِلْكٌ لَهُ ، فَلَا يَنْفُذُ إِذْنُ غَيْرِهِ فِيهِ ، وَإِنَّمَا حَقُّ سَيِّدِهِ فِي ذِمَّتِهِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ
شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى شَيْءٍ ، فَلَا وَجْهَ لِلْمَنْعِ .
وقولهم : إِنَّهُ مِلْكٌ لِلْمُكَاتَبِ . تَعْلِيلٌ عَلَى الْعِلَّةِ ضِدِّ مَا تَقْتَضِيهِ ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مِلْكًا لَهُ يَقْتَضِي
جَوَازَ تَصَرُّفِهِ فِيهِ ، عَلَى حَسَبِ اِخْتِيَارِهِ ، وَإِنَّمَا الْمَنْعُ لَتَعْلُقِ حَقُّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ ، زَالَ
الْمَانِعُ ، فَصَحَّ التَّقْيِيضُ ، لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ ، وَخُلُوهُ مِنَ الْمَانِعِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا ^(٣١) ذَكَرْنَاهُ ^(٣٢)
مِنَ الْمَسَائِلِ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا مَالُ الْكِتَابَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ نَصِيْبُهُ
مِنَ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَيَسْرَى الْعَتَقُ إِلَى بَاقِيهِ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ؛
لِأَنَّ عَتَقَهُ بَسْبِيهِ . هَذَا قَوْلُ الْخُرَقِيِّ . وَيُضْمَنُهُ فِي الْحَالِ بِنَصْفِ قِيَمَتِهِ مُكَاتَبًا ، مُبْقَى ^(٣٣) عَلَى
مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَوَلَاؤُهُ كُلَّهُ لَهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي ^(٣٤) لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا
قَبِضَهُ صَاحِبُهُ ، وَالباقى بين العبد وبين سيِّده الذى عتق عليه ؛ لِأَنَّ نِصْفَهُ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ،
وَنِصْفَهُ بِالسَّرَايَةِ ، فَحِصَّةُ مَا عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ لِلْعَبْدِ ، وَحِصَّةُ مَا عَتَقَ / بِالسَّرَايَةِ لِسَيِّدِهِ . وعلى ٢٣٨/١١ ظ
مَا اخْتَرْنَاهُ ، يَكُونُ الْبَاقَى كُلُّهُ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ كَانَ مِلْكًا لَهُ ، فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ
بِعَتَقِهِ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : لَا يَسْرَى الْعَتَقُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا
يَسْرَى عِنْدَ عَجْزِهِ . فَعَلَى قَوْلِهِمَا ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ
عَلَيْهِمَا ، وَوَلَاؤُهُ لهُمَا ، وَمَاتَبَقَى ^(٣٥) فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ^(٣٦) ، وَفُسِّحَتْ
كِتَابَتُهُ ، قُوِّمَ عَلَى الَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاءُ جَمِيعِهِ لَهُ ، وَتَنَفَّسَ الْكِتَابَةُ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ
مَاتَ ، فَقَدْ مَاتَ وَنِصْفُهُ حُرٌّ ، وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ ، وَلِسَيِّدِهِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقِ نَصِيْبُهُ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا
خَلَفَهُ مِثْلَ مَا أَخَذَهُ شَرِيكُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَهُ نِصْفُ مَا تَبَقَّى ^(٣٥) ، وَالباقى لورثة العبد ،

(٣١) ف ب ، م : « لما » .

(٣٢) ف ا ، ب ، م : « ذكرنا » .

(٣٣) ف ب : « يبقى » .

(٣٤) ف ا ، ب ، م : « الذى » .

(٣٥) ف ب ، م : « بقى » .

(٣٦) فى الأصل : « عجزه » .

فإن لم يَكُنْ له وَاِثٌ مِنْ نَسَبِهِ ، فهو لِلَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ بِالْوَلَاةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ الْقَبْضُ . فما أَخَذَهُ الْقَابِضُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ ، وَلَا تَعْتَقُ حِصَّتَهُ مِنَ الْمُكَاتَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفَ عِرْضَهُ ، وَلِغَيْرِ الْقَابِضِ مُطَابَلَةُ الْقَابِضِ بِنَصِيْبِهِ مِمَّا قَبَضَهُ ، كَمَا لَوْ قَبَضَ^(٣٧) بغيرِ إِذْنِهِ ، سَوَاءٌ . وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ غَيْرُ الْقَابِضِ بِنَصِيْبِهِ ، حَتَّى أَدَّى الْمُكَاتَبُ إِلَيْهِ كِتَابَتَهُ ، صَحَّ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْآخِرِ حَقَّهُ ، فَقَدِمَاتِ عَبْدًا ، وَيَسْتَوْفِي الَّذِي لَمْ يَقْبِضْ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدَرِ مَا أَخَذَ^(٣٨) صَاحِبُهُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتِبَاهُ ، فَأَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا كِتَابَتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَهُوَ يَسْعَى لِلْآخِرِ ، لِمَنْ مِيرَاثُهُ ؟ قَالَ أَحْمَدُ : كُلُّ مَا كَسَبَ الْعَبْدُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْجِعُ هَذَا عَلَى الْآخِرِ بِنَصِيْبِهِ مِمَّا أَخَذَ^(٣٩) ، وَمِيرَاثُهُ بَيْنَهُمَا . قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ : قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهُوِيَةَ كَمَا قَالَ .

و ٢٣٩/١١ فصل : وَإِنْ عَجَزَ / مُكَاتِبُهُمَا ، فَلَهُمَا الْفَسْخُ وَالْإِمْضَاءُ ؛ فَإِنْ فَسَخَا جَمِيعًا ، أَوْ أَمْضَيَا الْكِتَابَةَ ، جَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَسَخَ أَحَدُهُمَا ، وَأَمْضَى الْآخَرُ ، جَازَ ، وَعَادَ نِصْفُهُ رَقِيقًا قِنًا ، وَنِصْفُهُ مُكَاتِبًا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ فِي جَمِيعِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ^(٤٠) الْمَلِكِ ، وَ^(٤١) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَوْ بَقِيَتْ فِي نِصْفِهِ ، لَعَادَ نِصْفُ^(٤٢) الَّذِي فَسَخَ الْكِتَابَةَ إِلَيْهِ نَاقِصًا . وَلَنَا ، أَنَّهَا كِتَابَةُ فِي مِلْكٍ أَحَدِهِمَا ، فَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَسْخِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِكِتَابَتِهِ ، وَلَأَنَّهُمَا عَقْدَانِ مُتَفَرِّدَانِ^(٤٣) ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ أَحَدُهُمَا بِفَسْخِ الْآخَرِ ، كَالْبَيْعِ ، وَمَا حَصَلَ مِنَ النَّقْصِ لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَصَلَ ضِمْنًا لَتَصَرُّفِ الشَّرِيكِ فِي نَصِيْبِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ، كَاِعْتِاقِ الشَّرِيكِ ، وَلِأَنَّ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّهُ نَصَحَ مُكَاتِبُهُ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ ،

(٣٧) فِي ب ، م : « قَبَضَهُ » .

(٣٨) فِي ب ، م : « أَخَذَهُ » .

(٣٩) فِي أ : « أَخَذَهُ » .

(٤٠-٤١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٤١) فِي أ ، ب ، م : « مَلِكٌ » .

(٤٢) فِي ب ، م : « مُفَرَّدَانِ » .

فإذا لم يُمنع العقد في ابتدائه ، فلأن لا^(٤٣) يَطلُّ في دَوامِهِ أُولَى ، ولأنَّ^(٤٤) ضَرَرَهُ حَصَلَ بَعْقِدِهِ وَفَسْخُوحِهِ ، فلا يُزال^(٤٥) بفسخ عقد^(٤٤) غيره ، ولأنَّ في فسْخِ الكِتابَةِ ضَرَرًا بِالمُكاتبِ وَسَيِّدِهِ ، وليس دَفْعُ الضَّرَرِ عن الشَّرِيكِ الذي^(٤٦) فَسَخَ ، بأُولَى من دَفْعِ الضَّرَرِ عن الذي لم يَفْسَخْ ، بل دَفْعُ الضَّرَرِ عن الذي^(٤٦) لم يَفْسَخْ أُولَى ، لَوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ ضَرَرَ الذي فَسَخَ حَصَلَ ضَمِنًا ، لِبَقَاءِ عَقْدِ شَرِيكِهِ في مِلْكِ نَفْسِهِ ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ بِزَوَالِ^(٤٥) عَقْدِهِ ، وَفَسْخُ تَصَرُّفِهِ في مِلْكِهِ . والثاني ، أَنَّ ضَرَرَ الذي فَسَخَ لم يَعتَبَرَهُ الشَّرْعُ في مَوْضِعٍ ، ولا أَصَلَ لما ذَكَرُوهُ من الحُكْمِ ، ولا يُعْرَفُ لَهُ نَظِيرٌ ، فيكونُ بِمَنْزِلَةِ المَصْلَحَةِ المُرْسَلَةِ ، التي وَقَعَ الإجماعُ على اطِّراحِها ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ بفسْخِ عَقْدِهِ مُعْتَبَرٌ في سائرِ عُقُودِهِ ؛ مِنْ بَيْعِهِ ، وَهَبَتِهِ ، وَرَهْنِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فيكونُ أُولَى . الثالث ، أَنَّ ضَرَرَ الفَسْخِ يَتَعَدَّى إلى المُكاتبِ ، فيكونُ ضَرَرًا بِاثْنَيْنِ ، وَضَرَرَ الفاسِخِ لا يَتَعَدَّاهُ ، ثم لَوْ قُدِّرَ تَسَاوَى الضَّرَرَيْنِ ، لَوَجَبَ إِبْقَاءُ الحُكْمِ على ما كان / عليه ، ولا يجوزُ إِحْدَاثُ الفَسْخِ من ٢٣٩/١١ ظ غير دليل راجح .

١٩٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَتَقَ^(١) المُكاتبُ ، اسْتَقْبَلَ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ المَالِ حَوْلًا ، ثُمَّ زَكَّاهُ ، إِنْ كَانَ نَصَابًا^(٢))

وجملته أَنَّ المُكاتبَ لا زَكَاةَ عليه . بلا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . فإذا عَتَقَ ، صارَ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ حِينَئِذٍ ، فَيَبْدُو حَوْلُ الزَّكَاةِ مِنْ يَوْمِ عَتَقَ ، فإذا تَمَّ الحَوْلُ ، وَجَبَتِ الزَّكَاةُ إِنْ كَانَ نَصَابًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَصَابًا ، فلا شَيْءَ فيه ، وَيَصِيرُ هَذَا كَالْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ ، وفي يَدِهِ مالٌ زَكَوِيٌّ يَبْلُغُ نَصَابًا ، فَإِنَّهُ يَسْتَقْبِلُ بِهِ حَوْلًا مِنْ حِينَ أَسْلَمَ ؛ لِأَنَّهُ صارَ حِينَئِذٍ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ ، وكذلك

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) في ب : « وليس » .

(٤٥) في ب ، م : « يزول » .

(٤٦-٤٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الأصل : « أعتق » .

(٢) في الأصل ، أ ، ب : « منصبا » .

العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده .

١٩٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا لَمْ يُؤَدِّ نَجْمًا حَتَّى حُلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ
إِنْ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتَّبٍ)

وجملته أن الكتابة عقد لازم ، لا يملك السيد فسحها قبل عجز المكاتب . بغير
خلاف نعلمه . وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ؛ لأنه إنما ثبت في العقد
موجباً ، وإذا حل النجم ، فللسيد مطالبة بما حل من نجومه ؛ لأنه دين له حل ، فأشبهه
دينه على الأجنبية ، وله الصبر عليه ، وتأخير به ، سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً
عنه ؛ لأنه حق له سمح بتأخير ، أشبه دينه على الأجنبية . فإن اختار الصبر عليه ، لم
يملك العبد الفسخ . بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من
أهل العلم ، على أن المكاتب إذا حل عليه نجم ، أو نجمان ، أو نجومه كلها ، فوقف
السيد عن مطالبة ، وتركه بحاله ^(١) ، أن الكتابة لا تنسخ ، مادام ثابتين على العقد
الأول ، فإن أجله به ، ثم بدا له الرجوع ، فله ذلك ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ،
كالقرض . وإن حل عليه نجمان ، فعجز عنهما ، فاختار السيد فسح كتابته ، ورده
إلى الرق ، فله ذلك ، بغير حضور حاكم ولا سلطان ، ولا تلزمه / الاستنابة . فعل ذلك ابن
عمر . وهو قول شريح ، والنخعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون
عجزه إلا عند قاض . وحكى نحوه هذا ^(٢) عن مالك . وقال الحسن : إذا عجز استؤني ^(٣)
بعد العجز سنتين . وقال الأوزاعي : شهرين ، ونحو ذلك . ولنا ، ما روى سعيد ،
بإسناده عن ابن عمر ، أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار ، فأدى إليه تسعمائة دينار ،
وعجزه عن مائة دينار ، فردّه إلى ^(٤) الرق ^(٥) . وبإسناده عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ،
أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً ، فأدى عشرة آلاف ، ثم أتاه ، فقال : إني قد طفت
العراق والحجاز ، فردّني في الرق . فردّه . ورؤي عنه ، أنه كاتب عبداً له على ثلاثين

٢٤٠/١١ و

(١) في ب ، م : « بحال » .

(٢) في ب : « ذلك » .

(٣) في الأصل : « استوفى » . وفي أ : « استوى » .

(٤) في أ ، ب : « في » .

(٥) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٥٣ .

أَلْفَا ، فقال له : أنا عاجِزٌ . فقال له : اْمُحْ كِتَابَتَكَ . فقال : اْمُحْ أَنْتَ ^(٦) . وَرَوَى
سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَطَبَ ،
فَقَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ
رَقِيقٌ » ^(٧) . وَلَأنَّهُ عَقَدَ عَجَزَ عَنْ عِوَضِهِ ، فَمَلَكَ مُسْتَحِقَّهُ فَسَخَّه ، كَالسَّلَامِ إِذَا تَعَذَّرَ
الْمُسْلِمُ فِيهِ ، وَلَأنَّهُ فَسَخَ عَقْدَ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَفَسْخِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ
العَبْدِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، غَيْرَ لَازِمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ؟
قُلْنَا : بَلَى ^(٨) . هِيَ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ ^(٩) الطَّرَفَيْنِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ ^(١٠) فَسْخَاجًا بِحَالٍ ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ
يُعْجَزَ نَفْسَهُ ، وَيَمْتَنِعَ مِنَ الْكَسْبِ ، وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ
تَتَضَمَّنُ إِعْتَاقًا بِصِفَةٍ ، وَمَنْ عَلَّقَ عِنَقَ عَبْدِهِ بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ إِطْلَاقَهَا ، وَيَلْزَمُ وَقُوعُ الْعِنَقِ
بِالْصِفَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْعَبْدَ الْإِتْيَانُ بِالصِفَةِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لِحَظِّ الْعَبْدِ
دُونَ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ الْعَقْدُ ^(١١) لَازِمًا لِمَنْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ حَظَّ غَيْرِهِ ، وَصَاحِبُ الْحَظِّ بِالْخِيَارِ
فِيهِ ، كَمَنْ / ضَمِنَ لغيرِهِ شَيْئًا ، أَوْ كَفَّلَ لَهُ ، أَوْ رَهَنَ عِنْدَهُ رَهْنًا .

٢٤٠/١١ ط

فصل : فَأَمَّا إِنْ حَلَّ نَجْمٌ وَاحِدٌ ، فَعَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَيْسَ
لِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ ، حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ قَبْلَ أَدَائِهِمَا . وَهِيَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ
الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ
الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبِي يُونُسَ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَرَوَى
عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَعُودُ رَقِيقًا حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ . وَقِيلَ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى أَكْثَرَ مَالِ
الْكِتَابَةِ ، لَمْ يُرَدَّ إِلَى الرِّقِّ ، وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ ،
فَلَيْسَ بِهِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ

(٦) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٣٤١/١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي :

بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . الْمُصَنَّفِ ٤٠٧/٨ ، ٤٠٨ .

(٧) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٢٥/٩ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا ، ب .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

دَخَلَ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ مَالَ الْكِتَابَةِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالُ فِي نُجُومِهِ ،
فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ عَقْبُهُ ، وَلَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلَأنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ
النَّجْمِ فِي وَقْتِهِ ، فَجَازَ فَنَسَخَ كِتَابَتَهُ ، كَالنَّجْمِ الْأَخِيرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا يُرَدُّ الْمُكَاتَبُ فِي الرَّقِّ ، حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ^(١٢) . وَلَأنَّ مَا بَيْنَ
النَّجْمَيْنِ مَحَلٌّ لِأَدَاءِ الْأَوَّلِ ، فَلَا^(١٣) يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ عَنْهُ حَتَّى يَفُوتَ مَحَلُّهُ بِحُلُولِ الثَّانِي .

فصل : وَإِذَا حَلَّ النَّجْمُ ، وَمَالُهُ حَاضِرٌ عِنْدَهُ ، طُولِبَ بِأَدَائِهِ ، وَلَمْ يُجْزَ الْفَسْخُ قَبْلَ
الطَّلَبِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَنَسْخُ الْبَيْعِ وَالسَّلَامِ بِمُجَرَّدِ وُجُوبِ الدَّفْعِ قَبْلَ الطَّلَبِ . فَإِنْ طُلِبَ
مِنْهُ ، فَذَكَرَ أَنَّهُ غَائِبٌ عَنِ الْمَجْلِسِ ، فِي نَاحِيَةٍ مِنْ نَوَاحِي الْبَلَدِ ، أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا
تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ ، يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ قَرِيبًا ، لَمْ يُجْزَ فَنَسْخُ الْكِتَابَةِ ، وَأُمْهَلَ بِقَدَرِ مَا يَأْتِي بِهِ ،
إِذَا طُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَسِيرٌ ، لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ
الْكِتَابَةِ ، فَطُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِيَبِيعَهُ بِجِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أُمْهَلَ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَائِبًا أَكْثَرَ
مِنْ / مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْإِمْهَالُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَهُ
مَالٌ حَاضِرٌ ، أَوْ غَائِبٌ يَرْجُو قُدُومَهُ ، اسْتَوْنِي^(١٤) يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً ، لَا أَزِيدُهُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثَةَ آخِرُ حُدِّ الْقِلَّةِ وَالْقُرْبِ ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِيمَا مَضَى ، وَمَا زَادَ عَلَيْهَا فِي حُدِّ الْكَثْرَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ
قَرِيبٌ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ ، وَاجِدًا لِمَا يُؤَدِّيهِ ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ ،
وَقَالَ^(١٥) : قَدْ عَجَزْتُ^(١٦) . فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ :
يَمْلِكُ السَّيِّدُ فَنَسْخَ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ : وَإِذَا حَلَّ نَجْمٌ ، فَلَمْ يُؤَدِّهِ
حَتَّى حَلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ أَحَبَّ . فَعَلَّقَ جَوَازَ الْفَسْخِ عَلَى عَدَمِ الْأَدَاءِ .
وَهَذَا^(١٧) مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ جَعْفَرٍ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ

و ٢٤١/١١

(١٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ حَزْمٍ ، فِي : كِتَابِ الْكِتَابَةِ . الْمَحَلِّ ٢٩٢/١٠ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « فُلِمَ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « اسْتَوْنِي » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « قَالَ » . وَفِي ١ : « أَوْ قَالَ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧) فِي ب : « وَهُوَ » .

العَوَض . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي . وقد ذكرنا هذا فيما تقدّم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ، ففيه رواية أخرى ، أنّه يصيرُ حراً بملك ما يؤدّي . وقد سبق ذكرها .

فصل : وإذا حلّ النّجّم والمكاتب غائب بغير إذن سيّده ، فله الفسخ . وإن كان سافراً بإذنه ، لم يكن له أن يفسخ ؛ لأنّه إذن في السّفَر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم ، ^(١٨) ويثبت عنده حُلُول مال الكتابة ، ليكتب الحاكم إلى المكاتب ، فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال ، كتب بذلك إلى الحاكم ^(١٩) الكاتب ، ليجعل للسيّد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء ، طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيّد ، ليؤدّي مال الكتابة ، أو يوكل من يفعل ذلك ، فإن فعله في أول حال الإمكان ، عند خروج القافلة ، إن كان لا يمكنه الخروج إلّا معها ، لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ، ومضى زمن المسير ^(٢٠) ، ثبت للسيّد خيار الفسخ . فإن ^(٢١) وكل السيّد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة ، لزمه الدّفع إليه ، فإن امتنع من الدّفع ، ثبت للسيّد خيار الفسخ ^(٢٢) . وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدّفع إليه ، جاز ، وله الفسخ إذا ثبتت وكالته بيّنة ، بحيث / يأمن المكاتب إنكار السيّد وكالته . وإن لم يثبت ذلك ، لم يلزم المكاتب الدّفع إليه ، وكان له عُذرٌ يمنع جواز الفسخ ؛ لأنّه لا يأمن أن يسلم إليه ، فينكر السيّد وكالته ، ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدّقه في أنّه وكيل أو كذّبه . وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيّد ، إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ، ليقبض منه المال ، لم يلزمه ذلك ؛ لأنّ هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدّخول فيه ، فإنّ الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرّشيد ، فإن اختار القبض ، جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال ، عتق .

فصل ^(٢٣) : وإذا دفع العوض في الكتابة ، فبان مستحقاً ، تبين أنّه لم يعتق ، وكان هذا

(١٨-١٨) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « السير » .

(٢٠-٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . نقل نظر .

(٢١) في الأصل ، م زيادة : « قال » .

الدَّفْعُ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَدَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَهُ : إِنْ أَدَّيْتَ الْآنَ ، وَإِلَّا فُسِّحَتْ كِتَابَتُكَ . وَإِنْ كَانَ قَدَمَاتٍ بَعْدَ الْأَدَاءِ ، فَقَدَمَاتُ عَبْدًا^(٢٢) ، فَإِنْ بَانَ مَعِيًّا ، مِثْلُ أَنْ كَاتَبَهُ عَلَى^(٢٣) عُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ^(٢٤) ، فَاقْبَضَهَا ، فَأَصَابَ بِهَا عَيِّيًا بَعْدَ قَبْضِهَا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَأَمْسَكَهَا ، اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ . فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ يَسْتَقَرُّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يُعْطَ جَمِيعُ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؟ فَإِنْ مَا يُقَابِلُ الْعَيْبَ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَشْرَةِ ، فَأَعْطَاهُ تِسْعَةً . قُلْنَا : إِمْسَاكُهُ الْمَعِيْبَ^(٢٥) رَاضِيًا بِهِ رَضِيَ مِنْهُ بِاسْتِقْطِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِبْرَائِيهِ مِنْ بَقِيَّةِ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ رَدَّهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقِاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعِتْقُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرُّدُّ ، وَلَهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِثْلَافٌ وَاسْتِهْلَاكٌ ، فَإِذَا حَكَمَ بُوْقُوعُهُ لَمْ يَبْطُلْ ، كَعَقْدِ الْخُلْعِ ، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، فَأَشْبَهَ الْخُلْعَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَوَجَّهُ أَنَّ لَهُ الرُّدَّ ، وَيَحْكُمُ بَارْتِفَاعِ الْعِتْقِ الْوَاقِعِ ؛ لِأَنَّ / الْعِتْقَ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ^(٢٥) بِاسْتِقْرَارِ الْأَدَاءِ ، وَقَدْ ارْتَفَعَ الْأَدَاءُ ، فَارْتَفَعَ الْعِتْقُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالتَّرَاضِي ، فَوَجَبَ أَنْ يُفْسَخَ بِوُجُودِ الْعَيْبِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَبَيَّنَّ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ ، وَلَئِنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ ذِمَّتَهُ لَمْ تَبْرَأْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَعْتَقُ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَظَنُّ وَقُوعِ الْعِتْقِ لَا يُوقِعُهُ إِذَا بَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ ، كَمَا لَوْ بَانَ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا . وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ عِنْدَ السَّيِّدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهَا عِنْدَهُ عَيْبٌ ، اسْتَقَرَّ أَرْضُ الْعَيْبِ ، وَالْحَكْمُ فِي ارْتِفَاعِ الْعِتْقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَا مَضَى . وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ : إِنْ أَعْطَيْتَنِي عَبْدًا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَعْطَاهُ عَبْدًا ، فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْتَقُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ : إِنْ أَعْطَيْتَنِيهِ^(٢٦) مِلْكًا . وَلَمْ يُعْطِهِ إِلَّا بِاهُ مِلْكًا ، وَلَمْ يَمْلِكْهُ إِلَّا بِاهُ .

و ٢٤٢/١١

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « حَرًا » .

(٢٣-٢٤) فِي الْأَصْلِ : « عَوْضُ مَوْصُوفٍ » .

(٢٤) فِي ب : « لِلْعَيْبِ » .

(٢٥) فِي م : « اسْتَقَرَّ » .

(٢٦) فِي ب ، م : « أَعْطَيْتَهُ » .

فصل : وإذا دفع إليه مال كتابته ^(٢٧) ظاهرًا ، فقال له السيّد : أنت حر ^(٢٨) . وقال : هذا حر ^(٢٩) . ثم بان العوض مُستحقًا ، لم يعتق بذلك ؛ لأنّ ظاهره الإخبار عمّا حصل له بالأداء . فلو ادّعى المُكاتب أنّ سيّده قصد بذلك عتقه ، وأنكر السيّد ، فالقول قول السيّد مع يمينه ؛ لأنّ الظاهر معه ^(٣٠) ، وهو أخير بما نوى .

١٩٩٤ - مسألة : قال : (وما قبض من نُجوم كتابته ، استقبل به ^(١) حَوْلًا)

وجملته أنّ ما يأخذه من نُجوم كتابته ، كإل استفادته بكسب أو غيره ، فيملكه بأخذه ، ويستقبل به حَوْلًا ؛ لأنّه لا يملك ما في يد مُكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ، ولا زكاة عليه في الدّين الذي على المُكاتب ؛ لأنّ ملكه عليه غير تامّ ، فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حَوْلًا ، كما لو أخذه من أجنيّ .

١٩٩٥ - مسألة : قال : (وإذا جنى المُكاتب ، بُدئ بجنايته قبل كتابته ، فإن

عجز ، كان سيّده مُحيرًا بين أن يفديه بقيمته / إن كانت أقلّ من جنايته ، أو يسلمه) ^{ظ ٢٤٢/١١}

وجملة ذلك أنّ المُكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال ، تعلّق أرضها برقبته ، ويؤدى من المال الذي في يده . وبهذا قال الحسن ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، ومالك ، والحسن بن صالح ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال عطاء ، والنخعي ، وعمر بن دينار : جنايته على سيّده . قال عطاء : ويرجع سيّده بها عليه . وقال الزهري : إذا قتل رجلًا خطأ ، كانت كتابته وولاه لوليّ المقتول ، إلّا أن يفديه سيّده . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لا يجني جان إلّا على نفسه » ^(١) . ولأنّها جناية عبْد ، فلم تجب في ذمّة سيّده ،

(٢٧) في ب ، م : « الكتابة » .

(٢٨) - (٢٩) سقط من : م .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(١) في م : « بركته » .

(١) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء : دماؤکم وأموالکم علیکم حرام ، من أبواب الفتن ، وفي : باب تفسير سورة التوبة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذی ٤/٩ ، ٢٣٨/١١ . وابن ماجه ، فی : باب : لا يجني أحد على أحد ، من كتاب الديات ، وفي : باب الخطبة يوم النحر ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٠ ، ١٠١٥ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٤/١٤ .

كالقِنْ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِأَدَاءِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، سَوَاءً حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ أَوْ لَمْ يَحْلُ . وَهَذَا الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَالْمَعْمُولُ بِهِ فِي الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ قَوْلًا آخَرَ ، أَنَّ السَّيِّدَ يُشَارِكُ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ ، فَيَضْرِبُ بِقَدْرِ مَا حَلَّ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا دَيْنَانِ ، فَيَتَحَاصَّنَانِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ . وَلَنَا ، أَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مِنَ الْعَبْدِ يُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ الْحُقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ ، وَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ ، وَحَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، وَغَيْرِهِمَا ، فَوَجِبَ أَنْ يُقَدَّمَ هُنَا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ أَرْضَ جِنَايَتِهِ مُقَدَّمٌ^(٢) عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ فِي عَبْدِهِ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ^(٣) عَلَى عَوْضِهِ ، وَهُوَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، بِطَرِيقِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ كَانَ مُسْتَقَرًّا ، وَدَيْنَ الْكِتَابَةِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِذَا قُدِّمَ عَلَى الْمُسْتَقَرِّ ، فَعَلَى غَيْرِهِ أُولَى ، وَلِأَنَّ^(٤) أَرْضَ الْجِنَايَةِ مُسْتَقَرٌّ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْكِتَابَةِ الَّتِي لَيْسَتْ مُسْتَقَرَّةً . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَفْدِي نَفْسَهُ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ أَقْلَ ، فَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ مُوجِبِ جِنَايَتِهِ ، وَهُوَ أَرْضُهَا . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ / أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ بَدْلِ الْمَحَلِّ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ الْأَرْضُ . فَإِنْ بَدَأَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، فَوَفَّى بِمَا يَلْزَمُهُ مِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَإِلَّا بَاعَ الْحَاكِمُ مِنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَبَاقِيَهُ بَاقٍ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَعُودُ عَبْدًا غَيْرَ مَكَاتِبٍ ، مُشْتَرَكًا بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرَى . وَإِنْ أَبْقَاهُ عَلَى الْكِتَابَةِ فَأَدَّى ، عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى بَاقِيهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتِبُ مُوسِرًا ، يُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ، وَبَاقِيَهُ رَقِيقٌ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ ، وَلَمْ يَفِ بِالْجِنَايَةِ إِلَّا قِيمَتُهُ كُلُّهَا ، يَبِيعُ كُلَّهُ عَلَيْهِ^(٥) ، وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ . وَإِنْ بَدَأَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى سَيِّدِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ سَأَلَ الْحَاكِمَ ، فَحَجَرَ^(٦) عَلَى الْمُكَاتِبِ ، ثَبَّتَ الْحَجْرُ^(٦) عَلَيْهِ ، وَكَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَلَا يَصِحُّ دَفْعُهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَيَرْتَجِعُهُ الْحَاكِمُ ، وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، فَإِنْ

و ٢٤٣/١١

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « مُقَدِّمَةٌ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، ب : « تَقْدِيمُهَا » .

(٤) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٥) فِي ١ ، ب ، م : « فِيهَا » .

(٦) (٦-٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

وَفِي ، وَإِلَّا كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ حَجَرَ عَلَيْهِ ، صَحَّ دَفْعُهُ إِلَى السَّيِّدِ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ يَقْضَى حَقًّا عَلَيْهِ ، فَجَاز ، كَمَا لَوْ قَضَى بَعْضُ غُرْمَائِهِ قَبْلَ الْحَجَرِ عَلَيْهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، وَيَكُونُ الْأَرْضُ فِي ذِمَّتِهِ ، فَيُضْمَنُ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَهُوَ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ وَاجِبًا بِالْجِنَايَةِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ الْأَسْتِحْقَاقِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، فَدَاؤُهُ أَيْضًا بِمَا ذَكَّرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيمَا إِذَا فَدَاهُ سَيِّدُهُ . قَوْلَانِ - يَعْنِي رَوَايَتَيْنِ - إِحْدَاهُمَا ، يَفْدِيهِ بِأَقْلِ الْأُمْرَيْنِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَفْدِيهِ بِأَرْضِ جِنَايَتِهِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ .

فصل : وَإِذَا جَنَى الْمُكَاتِبُ جِنَايَاتٍ ، تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ ، وَاسْتَوَى الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ فِي الْأَسْتِيفَاءِ ، وَلَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَتْ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ . وَكَذَا إِنْ كَانَ بَعْضُهَا فِي حَالِ كِتَابَتِهِ ، وَبَعْضُهَا بَعْدَ تَعْجِيزِهِ ، فَهِيَ سَوَاءٌ . وَيَتَعَلَّقُ جَمِيعُهَا بِالرَّقَبَةِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلَوْلَى الْجِنَايَةِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَتَبْطُلُ حُقُوقُ الْآخَرِينَ . وَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، صَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ . فَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، اسْتَوْفَى ^(٨) الْبَاقُونَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، يَسْتَوْفِيهِ إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَزَاحَمُوا ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَتَزَاحَمَ الْبَاقُونَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدُوا ، وَكَأَنَّ ^(٩) فِي الْوَصَايَا . فَإِنْ أَدَّى وَعَتَقَ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ^(١٠) سَيِّدُهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَأَيُّهُمَا ^(١١) ضَمِنَ ، فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ، كَمَا ذَكَّرْنَا فِي الْجِنَايَةِ الْوَاحِدَةِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَزَهُ الْغُرْمَاءُ ، وَعَادَ ^(١٢) فَنَّا ، بَيْعَ ، وَتَحَاصُّوا فِي ثَمَنِهِ ^(١٣) ، كَذَلِكَ هُنَا . فَأَمَّا إِنْ عَجَزَهُ سَيِّدُهُ ، فَعَادَ فَنَّا ، خَيْرَ بَيْنِ فِدَائِهِ ، وَتَسْلِيمِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَفْدِيهِ بِأَقْلٍ

(٧) فِي م : « سَيِّدُهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « اسْتَوْفَى » .

(٩) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(١٠) فِي م : « عَتَقَهُ » .

(١١) فِي م : « وَأَيُّهَا » .

(١٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « الثَّمَنُ » .

الأمرين ، كما لو أعتقه أو قتلَه . والثانية ، يلزمه أرضُ الجناياتِ كلها ، بالغة ما بلغت ؛ لأنه لو سلّمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه ، فكان عليه جميعُ الأرض . ويفارق ما إذا أعتقه أو قتلَه ؛ لأنَّ المَحَلَّ فيهما تَلَفَتْ مَالِيَّتُهُ ، فلم يُمكنْ تَسْلِيمُهُ ، فلم يَجِبْ أكثر من قيمته ، والمَحَلُّ باقٍ ، وههنا يُمكنْ تَسْلِيمُهُ وبيعُهُ . وإن أراد المُكَاتَّبُ فداءَ نفسه قبل تَعَجِيزِهِ أو عِتْقِهِ ، ففيه وَجْهَانِ^(١٤) ؛ أحدهما^(١٥) ، يَفْدِي نفسه / بأقلَّ الأمرين . والثاني ، بأرضِ الجناياتِ ، بالغة ما بلغت ؛ لأنَّ مَحَلَّ الأرضِ قائمٌ غير تَالِفٍ ، ويُمكنْ تَعَجِيزُ نفسه في كُلِّ جنائيه لِيُبَاعَ^(١٦) فيها ، فأشبهه ما لو عَجَزَهُ سَيِّدُهُ .

فصل : وإن جنى المُكَاتَّبُ على سَيِّدِهِ فيما دُونَ النَّفْسِ ، فالسَّيِّدُ خَصَمُهُ فيها ؛ فإن كانت مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، وَجِبَ ، كما تَجِبُ على عَبْدِهِ الْقِنُّ ؛ لأنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ لِلزَّجْرِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْعَبْدُ فِي حَقِّ سَيِّدِهِ ، وإن عَفَا على مَالٍ ، أو كانت مُوجِبَةً لِلْمَالِ ابْتِدَاءً ، وَجِبَ لَهُ ؛ لأنَّ الْمُكَاتَّبَ مع سَيِّدِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، يَصِحُّ أَنْ يُبَاعَ ، وَيُثْبِتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ الْمَالُ وَالْحُقُوقُ ، كَذَلِكَ الْجَنَايَةُ^(١٧) . وَيَفْدِي نَفْسَهُ بِأَقْلَّ الْأَمْرَيْنِ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، يَفْدِيهَا بِأَرْضِ الْجَنَايَةِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ . فَإِنْ وَفَى مَا فِي يَدِهِ بِمَا عَلَيْهِ ، فَلِسَيِّدِهِ مُطَالَبَتُهُ بِهِ وَأَخْذُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَفْ بِهِ^(١٧) ، فَلِسَيِّدِهِ تَعَجِيزُهُ ، فَإِذَا عَجَزَهُ ، وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ ، سَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ وَأَرْضُ الْجَنَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ عَبْدًا قَنًّا . وَلَا يَثْبُتُ لِلْسَيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ الْقِنُّ مَالٌ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، وَلَا مَالٌ فِي يَدِهِ ، سَقَطَ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَتِهِ ، وَقَدْ أَتْلَفَهَا ، فَسَقَطَ^(١٨) . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، لَمْ يَسْقُطْ^(١٩) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِالذِّمَّةِ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ ، فَإِذَا تَلَفَتِ الرَّقَبَةُ ، بَقِيَ الْحَقُّ مُتَعَلِّقًا بِالْمَالِ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ ،

(١٤) في م : « روايتان » .

(١٥) في م : « إحداهما » .

(١٦) في م : « يباع » .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) في ب : « وسقط » .

(١٩) سقط من : الأصل .

كما لو عَتَقَ بالأداء . وهل يَجِبُ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ ، أو أَرْضُ الجِنَايَةِ كُلُّهُ ؟ على وَجْهَيْنِ .
وَيَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مُطَابَقَتَهُ بِأَرْضِ الجِنَايَةِ قَبْلَ أداءِ مالِ الكِتَابَةِ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ فِي حَقِّ
الأَجْنَبِيِّ . وإن اِخْتَارَ تَأْخِيرَ الأَرْضِ ، والبدايَةَ بِقَبْضِ مالِ الكِتَابَةِ ، جاز . وَيَعْتَقُ إِذَا قَبَضَ
مالَ الكِتَابَةِ كُلَّهُ . وقال أبو بَكْرٍ : لا يَعْتَقُ بالأداء قَبْلَ أَرْضِ الجِنَايَةِ ؛ لَوْجُوبِ تَقْدِيمِهِ على
مالِ الكِتَابَةِ . ولَنَا ، / أَنَّ الحَقَّيْنِ جَمِيعًا لِلسَّيِّدِ ، فَإِذَا تَرَضَيَا على تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا على ٢٤٤/١١ ظ
الْآخَرِ ، جاز ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما ، ولأنَّهُ لو بَدَأَ بِأداءِ الكِتَابَةِ قَبْلَ أَرْضِ
الجِنَايَةِ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ عَتَقَ ، ففَى حَقِّ السَّيِّدِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ أَرْضَ الجِنَايَةِ لا يَلْزَمُ أداؤُهُ قَبْلَ
إِنْدِ مالِ الجُرْجِ ، فَيُمْكِنُ تَقَدُّمُ وُجُوبِ الأداءِ عَلَيْهِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّى ،
عَتَقَ ، وَيَلْزَمُهُ أَرْضُ الجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبِ (٢٠) مِنْ
جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ مَا عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ؛ فَإِنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّهِ ، وَهَهُنَا
بِخِلَافِهِ . وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ ، أَوْ جَمِيعُ الأَرْضِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ
على نَفْسِ سَيِّدِهِ ، فَلِوَرَثَتِهِ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ ، أَوِ الْعَفْوُ (٢١) على (٢٢) مَالٍ . وَفِي الْخَطِإِ
الْمَالِ . وَفِيمَا يَفْدَى بِهِ نَفْسَهُ رَوَايَتَانِ . وَحُكْمُ الْوَرِثَةِ مَعَ الْمُكَاتَبِ ، حَكْمُ سَيِّدِهِ مَعَهُ ؛
لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ ، وَالْعَبْدُ لو عَادَ قِنًا ، لَكَانَ لَهُمْ . وَإِنْ جَنَى على مَوْرُوثِ
سَيِّدِهِ (٢٣) ، (٢٤) فَوَرِثَتُهُ سَيِّدُهُ (٢٤) ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لو كَانَتْ الجِنَايَةُ على سَيِّدِهِ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ ، على مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا (٢٥) اجْتَمَعَ على الْمُكَاتَبِ أَرْضُ جِنَايَةٍ ، وَتَمَنَّى مَبِيعَ ، أَوْ عَوْضَ
فَرَضٍ (٢٦) ، أَوْ غَيْرُهُمَا مِنَ الدِّيُونِ مَعَ مالِ الكِتَابَةِ ، وَفِي يَدِهِ مَا (٢٧) يَفِى بِهَا ، فَلَهُ أَنْ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « لِسَبَبٍ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « وَالْعَفْوُ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(٢٣) فِي : « نَفْسِهِ » .

(٢٤) - (٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي م : « وَإِنْ » .

(٢٦) فِي : « مَرَضٌ » . وَفِي ب ، م : « قَرْضٌ » .

(٢٧) فِي م : « مَالٌ » .

يُؤَدِّيَهَا ، وَيَبْدَأُ بِمَا شَاءَ مِنْهَا كَالْحُرِّ . وَإِنْ^(٢٨) لَمْ يَفِ بِهَا مَا فِي يَدِهِ ، وَكُلُّهَا حَالَّةٌ ، وَلَمْ^(٢٩) يَحْجُرِ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، فَخَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْقَضَاءِ ، صَحَّ كَالْحُرِّ . وَإِنْ^(٣٠) كَانَ فِيهَا مُوَجَّلٌ ، فَعَجَّلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ تَعْجِيلَهُ تَبَرُّعٌ ، فَلَمْ يَجُزْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، جَازٌ ، كَالْهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ التَّعْجِيلُ لِلْسَيِّدِ ، فَقَبُولُهُ بِمَنْزِلَةِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَدْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ غُرْمَائِهِ ، فَالْتِّظَرُّ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَإِنَّمَا يَحْجُرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِهِمْ ، فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِغَيْرِ سُؤَالِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَلَا يُسْتَوْفَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَإِنْ سَأَلَهُ سَيِّدُ الْحَجَرِ عَلَيْهِ ، لَمْ يُجِبْهُ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَلَا^(٣١) يَحْجُرُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرْمَاءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ يَبْدَأُ بِقَضَاءِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، وَعَوَضِ الْفَرَضِ^(٣٢) ، يُسَوَّى بَيْنَهُمَا ، وَيُقَدَّمُ هُمَا عَلَى أَرْضِ الْجِنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مَحَلُّ الرَّقَبَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ مِمَّا فِي يَدِهِ ، اسْتَوْفَى مِنْ رَقَبَتِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاتَّفَقَ أَصْحَابُنَا ، وَالشَّافِعِيُّ ، عَلَى تَقْدِيمِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ .

فصل : وَإِذَا جَنَى بَعْضُ عِبِيدِ الْمُكَاتَبِ جِنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمَالِ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْمَالَ ، أَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ إِثْلَافَ مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتَبِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فِيهِ^(٣٣) سَيِّدُهُ . فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّعُ^(٣٤) بِالزِّيَادَةِ . وَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ عَلَى قِيمَتِهِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ ، أَوْ يَفْدِيهِ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ مَلَكَ الْمُكَاتَبُ ابْنَهُ ، أَوْ بَعْضَ ذَوِي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ ، أَوْ وَلَدَهُ وَلَدًا مِنْ

(٢٨) - (٢٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٩) سقطت الواو من : م ، ا .

(٣٠) في م : « فلم » .

(٣١) في ا ، ب ، م : « القرض » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٣) في ب : « فليتبرع » . وفي م : « تبرع » .

أَمْتِهِ ، فَجَنَى جِنَايَةً ، تَعَلَّقَ أَرَشُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَمَا يَفْعَدِي غَيْرُهُ مِنْ عَبِيدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِمَالِهِ ، فَإِنَّ ذَوِي رَحِمِهِ لَيْسُوا بِمَالٍ لَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِمْ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ ^(٣٤) إِخْرَاجُ مَالِهِ ^(٣٥) فِي مُقَابَلَتِهِمْ ، وَلَا ^(٣٦) شِرَاءُ هُمْ ، كَالْتَّبَرُّعِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدُ الْأُجْنَبِيَّ ؛ فَإِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَهُ ^(٣٧) صَرَفُهُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَكَانَ لَهُ ^(٣٨) فِدَاؤُهُ وَشِرَاؤُهُ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ . وَلَكِنْ ^(٣٩) إِنْ كَانَ لِهَذَا الْجَانِي كَسْبٌ ، فُدِيَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ / كَسْبٌ ، يَبِيعُ فِي ١١/٢٤٥ ظ الْجِنَايَةِ ، إِنْ اسْتَعْرِقَتْ قِيمَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَعْرِقْهَا ، يَبِيعُ بَعْضُهُ فِيهَا ، وَمَا بَقِيَ لِلْمُكَاتِبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ جَنَى ، فَمَلَّكَ فِدَاءَهُ ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ . قُلْنَا : إِلَّا أَنْ كَسَبَهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ ^(٤٠) الْمُكَاتِبُ ، صَارَ رَقِيقًا مَعَهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ ، لَمْ يَتَضَرَّرَ السَّيِّدُ بِعَقْبَتِهِمْ ، وَانْتَفَعَ بِهِ الْمُكَاتِبُ ، وَإِذَا دَارَ أَمْرُهُ بَيْنَ نَفْعٍ وَانْتِفَاءٍ ضَرَرٍ ، وَجَبَ أَنْ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ ، وَفَارَقَ التَّبَرُّعُ ، فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَالَ عَلَى السَّيِّدِ . فَإِنْ قِيلَ : بَلْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، وَهُوَ مُنْعُهُ مِنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ إِذَا صَرَفَ الْمَالَ فِيهِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى صَرَفِهِ فِي الْكِتَابَةِ ، عَجَزَ عَنْهَا . قُلْنَا : هَذَا الضَّرَرُ لَا يُمْنَعُ الْمُكَاتِبُ مِنْهُ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَرَكَ الْكَسْبَ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى كَسْبٍ وَلَا أَدَاءٍ ، فَكَذَلِكَ لَا يُمْنَعُ مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَا مِمَّا يُفْضِي إِلَيْهِ ، وَلَئِنْ غَايَةَ الضَّرَرَ فِي هَذَا ، الْمَنْعُ مِنْ ^(٤١) إِثْمَامِ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ إِثْمَامُهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ تَرَكَ الْكَسْبِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا فِيهِ نَفْعٌ لِلْسَّيِّدِ ؛ لِمَصِيرِهِمْ عَبِيدًا لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِلْمُكَاتِبِ ، بِاعْتِقَاقِ وَلَدِهِ ، وَذَوِي رَحِمِهِ ، ^(٤٢) وَنَفْعًا لَهُمْ ^(٤٣) بِالْإِعْتِقَاقِ ، عَلَى تَقْدِيرِ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا ^(٤٤) لَمْ يُمْنَعْ مِمَّا ^(٤٥) يُسَاوِيهِ فِي الْمَضَرَّةِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ فِيهِ ،

(٣٤-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٥) في م : « وَلَئِنْ » .

(٣٦) في ب : « وَلَوْ » .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣٩) في ب ، م : « عَجَزَهُ » .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١-٤٢) في م : « وَنَفْعُهُمْ » .

(٤٢) في ب : « مَا » .

فَلَأَنْ لَا يُمَنَعَ مَا^(٤٣) فِيهِ نَفْعٌ لَزِمَ لِأَحَدَى الْجَهْتَيْنِ أَوَّلَى . وَلَدُ الْمُكَاتِبَةِ يَدْخُلُ فِي كِتَابَتَيْهَا ، وَالْحُكْمُ فِي جِنَايَتِهِ كَالْحُكْمِ فِي وَلَدِ الْمُكَاتِبِ ، سَوَاءً .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عَبِيدِ الْمُكَاتِبِ عَلَى بَعْضٍ ، جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا قِصَاصًا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَيْسَ^(٤٤) لَهُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِمَالِهِ بِاخْتِيَارِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ / الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مِلْكِهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَوْفِهِ ، أَفْضَى إِلَى إِقْدَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي أَرْضِ الْجَنَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَا يَثْبُتُ لَهُ فِي رَقَبَةِ عَبْدِهِ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي مِنْ عَبْدِهِ ابْنَهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ قَبْلَ جِنَايَتِهِ ، فَيَسْتَفِيدُ بِالْجِنَايَةِ مِلْكَ بَيْعِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْضٌ^(٤٥) ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِالرَّهْنِ ، إِذَا جَنَى عَلَى رَاهِنِهِ .

فصل : وَإِنْ جَنَى عَبْدُ الْمُكَاتِبِ عَلَيْهِ جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، كَانَتْ هَذَرًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا الْقِصَاصُ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ ، إِنْ كَانَ فِيهِمَا دُونَ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يُقْتَصُّ^(٤٥) مِنْهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَبَاهُ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوْلَدِهِ . وَإِنْ جَنَى الْمُكَاتِبُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ لِعَبْدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْأَبِ مَعَ حُكْمِ الْأَحْرَارِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ وَالتَّصَرُّفَ فِيهِ ، وَجُعِلَتْ حُرِّيَّتُهُ مَوْقُوفَةً عَلَى حُرِّيَّتِهِ . قَالَ : وَلَا نَعْلَمُ مَوْضِعًا يَقْتَصُّ فِيهِ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَالِكِهِ سِوَى هَذَا الْمَوْضِعِ .

فصل : وَإِذَا^(٤٦) جَنَى عَلَى الْمُكَاتِبِ فِيهِمَا دُونَ النَّفْسِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ لَهُ ، دُونَ

(٤٣) فِي ١ : « بِنَا » . وَفِي ب : « مَا » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَقْصُ » .

(٤٦) فِي ب : « وَإِنْ » .

سَيِّدَهُ، لثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ كَسْبَهُ لَهُ ، وَذَلِكَ عَوَضٌ عَمَّا يَتَعَطَّلُ بِقَطْعِ يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ .
وَالثَّانِي ، أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ ، لِتَعَلُّقِهِ بِعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، كَذَلِكَ بَدَلُ
الْعُضْوِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ السَّيِّدَ يَأْخُذُ مَالَ الْكِتَابَةِ بَدَلًا عَنْ نَفْسِ الْمُكَاتَبِ ^(٤٧) ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ
يَسْتَحِقَّ عَنْهُ عَوَضًا / آخَرُ . ثُمَّ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْجَانِي
سَيِّدَهُ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِمَعْنِيَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ حُرٌّ ، وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ
مَالِكُهُ ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنَ الْمَالِكِ لِمَمْلُوكِهِ ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْأَرْضُ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا بِإِذْمَالِ
الْجُرْحِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْجِنَايَاتِ ^(٤٨) . وَلِأَنَّهُ قَبْلَ الْإِذْمَالِ لَا تُؤْمَنُ سِرَائَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ ،
فَيَسْقُطُ أَرْضُهُ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ^(٤٩) سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفُسَخَتِ الْكِتَابَةُ ،
وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ . وَإِنْ أُنْذِمَلَ الْجُرْحُ ، وَجَبَ أَرْضُهُ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ . فَإِنْ كَانَ مِنْ
جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ
كَانَ النِّجْمُ لَمْ يَحُلَّ ، لَمْ يَتَقَاصَ ، وَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَسْتَحِقُّهُ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ
يَجْعَلَ أَحَدُهُمَا عَوَضًا عَنِ الْآخَرِ ، وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فَإِنْ
قَبَضَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ ، عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ ، جَازٌ . وَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ
بِتَعْجِيلِ الْوَاجِبِ لَهُ عَنْ مَا لَمْ يَحُلَّ مِنْ نُجُومِهِ ، جَازٌ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .
الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ الْجَانِي أَجْنَبِيًّا حُرًّا ، فَلَا قِصَاصَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ،
وَلَكِنْ يُنْظَرُ ؛ إِنْ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفُسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَلَى الْجَانِي قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ،
وَإِنْ أُنْذِمَلَ الْجُرْحُ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُهُ لَهُ . فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةُ ، وَعَتَقَ ، ثُمَّ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى
نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ دِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الضَّمَانِ بِحَالَةِ الاسْتِقْرَارِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ لَوَرَّثَتِهِ . فَإِنْ كَانَ
الْجَانِي السَّيِّدَ ، أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْوَرِثَةِ ، لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ ، وَيَكُونُ لِبَيْتِ
الْمَالِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ . وَمَنْ اعْتَبَرَ الْجِنَايَةَ بِحَالَةِ ابْتِدَائِهَا ، أَوْجَبَ عَلَى الْجَانِي قِيمَتَهُ ،
وَيَكُونُ لَوَرَّثَتِهِ أَيْضًا . الْحَالُ الثَّالِثُ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا ، فَإِنْ كَانَ / مُوجِبُ
الْجِنَايَةِ الْقِصَاصَ ، وَكَانَتْ عَلَى النَّفْسِ ، انْفُسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصَاصِ

(٤٧) فِي م : « الْمُكَاتَبَةُ » .

(٤٨) تَقْدِمُ فِي ٥٦٣/١١ .

(٤٩) فِي ب : « إِذَا » .

والعفو على مالٍ يتعلّق برقبة الجاني . وإن كانت فيما دون النفس ، مثل أن يقطع يده أو رجله ، فللمكاتب استيفاء القصاص ، وليس لسيده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه . وإن عفا على مالٍ ، ثبت له . وإن عفا مطلقاً ، أو إلى غير مالٍ ، انبنى ذلك على الروایتين في موجب العمد ؛ إن قلنا : موجبهُ القصاص عينا . صح ، ولم يثبت له مالٌ ، وليس للسيّد مطالبة باشتراط مالٍ ؛ لأن ذلك تكسّب ، ولا يملك السيّد إجباره على الكسب . وإن قلنا : الواجب أحد أمرين . ثبت له دية الجرح ؛ لأنه لما سقط القصاص ، تعين المال ، ولا يصحّ عفوهُ عن المال ؛ لأنه لا يملك التبرّع به^(٥٠) . وبغير إذن سيده . وإن صالح على بعض الأرض ، فحكمه حكم المعفو عنه^(٥١) إلى غير مالٍ .

فصل : وإذا مات المكاتب ، وعليه ديون ، وأروش جنایات ، ولم يكن ملك ما يؤدى في كتابته ، انفسخت كتابته^(٥٢) ، وسقط أروش الجنایات ؛ لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ، ويستوفى دينه ممّا كان في يده ، فإن لم يف بها ، سقط الباقي . قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه ، هذا كان يسعى لنفسه . وإن كان قد ملك ما يؤدى في كتابته ، انبنى ذلك على الروایتين في عتق المكاتب بملك ما يؤدى ، وقد ذكرنا فيه روايتين ، الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك ، فتفسخ الكتابة أيضا ، ويندأ بقضاء الدين ، على ما ذكرنا في الحال الأول . وهذا قول زيد بن ثابت ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، وشريح ، وعطاء ، وعمر بن دينار ، وأبي الزناد ، ويحيى الأنصاري ، وربيعه / ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . والرواية الثانية ، أنه إذا ملك ما يؤدى ، فقد صار حرا . فعلى هذا ، يضرب السيّد مع الغرماء بما حلّ من نجومه . وروى نحو^(٥٣) هذا عن^(٥٤) شريح ، والنخعي ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ؛ لأنه دين له حال ، فيضرب به كسائر الديون . ويحيى على قول من قال : إن

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١-٥٢) في أ ، ب ، م : « العفو » .

(٥٢) في الأصل ، أ : « الكتابة » .

(٥٣) سقط من : أ .

الدَّيْنِ يَحِلُّ بِالْمَوْتِ . أَنْ يَضْرِبَ بِمَجْمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حَالًا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، الَّذِي نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَنَا مِنْصُورٌ وَسَعِيدٌ ، عَنْ قَتَادَةَ ، قَالَ : ذَكَرْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَوْلَ شُرَيْحٍ فِي الْمُكَاتِبِ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبَقِيََّةٌ مِنْ مُكَاتِبَتِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّ شُرَيْحًا قَضَى أَنْ مَوْلَاهُ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ . فَقَالَ سَعِيدٌ : أَخْطَأَ شُرَيْحٌ ، فَضَى زَيْدٌ بِاللَّيْنِ قَبْلَ الْمُكَاتِبَةِ^(٥٤) .

١٩٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَاتِبُهُ ، ثُمَّ دَرَّه ، فَإِذَا أَدَّى ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ ، إِنْ حَمَلَ الثَّلَثُ ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ^(١) مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَالْأَعْتَقَ مِنْهُ بِمَقْدَارِ الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِمَقْدَارِ مَا عَتَقَ ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ تَدْيِيرَ الْمُكَاتِبِ صَحِيحٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقُ عَتَقٍ بِصِفَةٍ ، وَهُوَ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِإِعْتَاقِهِ ، وَهُوَ يَمْلِكُهُ . فَعِنْدَ هَذَا ، إِنْ أَدَّى عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعَتَقِ ، وَيَبْطُلُ التَّدْيِيرُ لِلْغَنَى عَنْهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفُسِّحَتِ الْكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ، وَصَارَ مُدْبِرًا غَيْرَ مُكَاتِبٍ . فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَثِ ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَدَائِهِ وَعَجَزَ ، عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ ، إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَثُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ؛ لِأَنَّ مَالَ ٢٤٨/١١ الْكِتَابَةِ عَوَضٌ عَنْهُ ، فَإِذَا عَتَقَ نَصْفَهُ ، وَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ نَصْفُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ الْكِتَابَةُ إِلَّا فِي نَصْفِهِ ، فَلَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ ، بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ بَعَجَزِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ ،

(٥٤) فِي م : « الْكِتَابَةُ » .

وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٣٢/١٠ ، ٣٣٣ . وَعَبْدُ الرِّزَاقِ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٣/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتِبِ يَمُوتُ وَيَتْرَكَ دِينًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٣٩٥/٦ ، ٣٩٦ .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

فكان ما في يده لسيده ، كغير المكاتب . والصحيح الأول ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه مكاتب برئ من مال الكتابة ، فعتن بذلك ، وكان ما في يده له ، كما لو أبرأه سيده . يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ، ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه ، فيبقى ملكه ، كما لو عتن بالأداء .

فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتي ، فأنت حر . فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت . وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى . فإن قلنا^(٢) : لا يصح . فلا كلام . وإن قلنا : يصح . فمتى عجز بعد الموت ، صار حرّاً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم ، لم يعتق ؛ لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ، ومعه ما يؤدّيه ، لم يصحّ قوله ؛ لأنه ليس بعاجز . وإن لم يكن معه مال ظاهر ، فصدقه الورثة ، عتن ، وإن كذبوه ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم المال وعجزه ، فإذا حلف عتن . وإذا عتن بهذه الصفة ، كان ما في يده له ، إن لم تكن كتابته فسيحت ؛ لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل به^(٣) بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته ، فيكون ما في يده له ، كما لو عتن بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا ، أن تبطل / كتابته ، ويكون ما بيده لورثة سيده .

فصل : وإذا كاتب عبداً له^(٤) في صحته ، ثم أعتقه في مرض موته ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته ، أو مال كتابته ، عتن ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان ، وقيمة المكاتب مائة ، ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة ، وقيمته مائة وخمسون ، اعتبرنا مال الكتابة ، ونفذ العتن ، ويُعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها . وإنما اعتبرنا الأقل ؛ لأن قيمته إن كانت أقل ، فهي قيمة ما ألتف بالإعتاق ، ومال

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

الكتابة ما اسْتَقَرَّ عليه ، فإنَّ للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه ، أو يَمْتَنِعُ من أدائه ، فلا يُجْبَرُ عليه ، فلم يُحْتَسَبْ له به . وإن كان عَوْضُ الكتابة أَقْلَ ، اعتَبَرناهُ ؛ لأنَّه يَعْتَقُ بأدائه ، ولا يَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ عليه سِوَاهُ ، وقد ضَعُفَ مِلْكُهُ فيه ، وصار عِوَضَهُ . وإن كان كُلُّ واحدٍ منهما لا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، مثل أن يكونَ مَالُهُ ^(٥) سِوَى المَكَاتِبِ ^(٦) مائةً ، فَإِنَّا نَضْمُ الْأَقْلَّ مِنْ قِيَمَتِهِ أو مَالِ كِتَابَتِهِ إِلَى مَالِهِ ، وَنَعْمَلُ بِحَسَابِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثُهُ ، وَيَبْقَى ثَلَاثُهُ بِثُلْثِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَاهُ ، عَتَقَ ، وَإِلَّا رَقَّ مِنْهُ ثَلَاثُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، فَيَبْقَى ^(٧) ثَلَاثُهُ بِخَمْسِينَ ^(٨) ، فَأَدَاهَا ، أَنْ يَقُولَ : قَدْ زَادَ مَالُ الْمَيِّتِ . لِأَنَّهُ حُسِبَ عَلَى الْوَرَثَةِ بِمِائَةٍ ، وَقَدْ ^(٩) حَصَلَ لَهُمْ بِثَلَاثَةِ خَمْسُونَ ، فَقَدْ زَادَ مَالُ ^(١٠) الْمَيِّتِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَزِيدَ بِمَا يَعْتَقُ ^(١١) مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَالُ يَحْصُلُ لَهُمْ بِعَقْدِ السَّيِّدِ ، وَالْإِرْثِ عَنْهُ . وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتَبَرُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ؛ لِأَنَّ رُبْعَهُ يَجِبُ إِيْتَاؤُهُ لِلْمَكَاتِبِ ، فَلَا يُحْسَبُ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا كَانَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِ الْمُكَاتِبِ ^(١٢) مِائَةً وَخَمْسِينَ ، / وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ مِائَةً ، وَلِلْمَيِّتِ مِائَةُ أُخْرَى ، عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ ثَلَاثُهُ ، وَحَصَلَ لِلْوَرَثَةِ مِنْ كِتَابَةِ الْعَبْدِ خَمْسُونَ ، عَنْ ثُلْثِ الْعَبْدِ الْمَحْسُوبِ عَلَيْهِمْ بِثُلْثِ الْمِائَةِ ، فَقَدْ زَادَ لَهُمْ ثُلْثُ الْخَمْسِينَ ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ قَدْرُ ثُلْثِهَا ، وَهُوَ تُسْعُ الْخَمْسِينَ ، وَذَلِكَ نِصْفُ تُسْعِهِ ، فَصَارَ الْعِتْقُ ثَابِتًا فِي ثَلَاثِهِ ^(١٣) ، وَنِصْفُ تُسْعِهِ ، وَحَصَلَ لِلْوَرَثَةِ الْمِائَةُ ، وَثَمَانِيَةُ أَتْسَاعِ الْخَمْسِينَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : لِمَ أَعْتَقْتُمْ بَعْضَهُ ، وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ بَعْضُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّ الْمَكَاتِبَ لَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ حَتَّى يُوَدَّى جَمِيعُ مَالِ الْكِتَابَةِ ؟ قُلْنَا :

(٥) فِي ب : « مَال » .

(٦) فِي م زِيَادَةٌ : « قِيَمَتُهُ » .

(٧) فِي الْأَصْل ، أ : « فَبَقِيَ » .

(٨) فِي الْأَصْل : « وَخَمْسِينَ » .

(٩) سَقَطَتْ : « قَدْ » مِنْ : أ ، ب ، م .

(١٠) فِي ب : « عَلَى » .

(١١) فِي م : « عَتَقَ » .

(١٢) فِي أ ، ب : « الْكِتَابَةِ » .

(١٣) فِي الْأَصْل ، أ : « ثَلَاثِيهِ » .

إِنَّمَا^(١٤) أَعْتَقْنَا بَعْضَهُ هَهُنَا بِإِعْتَاقِ سَيِّدِهِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَمَّا كَانَ الْعَتَقُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، نَفَذَ فِي ثُلُثِ مَالِهِ ، وَبَقِيَ بَاقِيَهُ لِحَقِّ الْوَرْتَةِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، إِذَا كَانَ عَتَقَهُ بِهَا ، لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، فَمَا حَصَلَ الْاسْتِيفَاءُ ، وَيَخْصُ^(١٥) الْمُعَاوَضَةَ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَوَضِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى سَيِّدُهُ بِإِعْتَاقِهِ ، أَوْ إِبْرَائِهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، وَكَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَالِ كِتَابَتِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَارُ هَهُنَا إِلَى إِيقَاعِ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجِ الْأَقْلُ مِنْهُمَا مِنْ ثُلْثِهِ ، عَتَقَ^(١٦) مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَسْقُطُ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَيَبْقَى بَاقِيَهُ عَلَى بَاقِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَاهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي . وَقياسُ المذهبِ أَنْ يَتَنَجَّزَ عَتَقُ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، كَقَوْلِنَا^(١٧) فِي مَنْ دَبَّرَ عَبْدًا^(١٨) وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ : إِنَّهُ يَعْتَقُ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرْتَةِ فِي الْحَالِ شَيْءٌ . وَلَأَنَّ حَقَّ الْوَرْتَةِ مُتَحَقِّقُ الْحَصُولِ ، فَإِنَّهُ إِنْ أَدَّى ، وَإِلَّا عَادَ^(١٩) الْبَاقِي قِتًّا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَتَنَجَّزُ عَتَقُ شَيْءٍ مِنْهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمِيَّتِ مَالٌ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَجَّزُ لِلْوَصِيَّةِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيَتَأَخَّرُ حَقُّ الْوَارِثِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ حَاضِرٌ ، لَمْ تَتَنَجَّزْ وَصِيَّتُهُ مِنَ الْحَاضِرِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا الْحَاضِرُ وَالْغَائِبُ ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُوصًى^(٢٠) لَهُ بِالْحَاضِرِ ، أَخَذَ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَوَقَّفَ الْبَاقِيَّ عَلَى قُدُومِ الْغَائِبِ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْمُوصَى^(٢١) لَهُ ثُلُثُ^(٢٢) الْحَاضِرِ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرْتَةِ شَيْءٌ فِي

ظ ٢٤٩/١١

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ : « ويمحص » . وفي ب ، م : « ويختص » .

(١٦) في م : « أعتق » .

(١٧) في الأصل : « لقولنا » .

(١٨) في م زيادة : « له » .

(١٩) في الأصل : « أعاد » .

(٢٠) في م : « أوصى » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م : « ثلثه » .

الحال ، فهو كَمَسْأَلَتِنَا ، ولم يَكْمُلْ له جميعُ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الغَائِبَ غيرُ مَوْثُوقٍ بِحُصُولِهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا تَلَفَ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ . فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الحَاصِلَةُ بِزِيَادَةِ مَالِ الكِتَابَةِ ، فَإِنَّهَا تَقِفُ عَلَى أَدَاءِ مَالِ الكِتَابَةِ .

١٩٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْمُكَاتِبُ ^(١) وَفَاءَ كِتَابَتِهِ ، وَاتَى بِشَاهِدٍ ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَصَارَ حُرًّا) .

وهذا قولُ الشافعيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ النِّزَاعَ بَيْنَهُمَا فِي أَدَاءِ المَالِ ، والمَالُ يُقْبَلُ فِيهِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ . فَإِنْ قِيلَ : القَصْدُ بِهذهِ الشَّهَادَةِ العِتْقُ ، وهو ^(٢) مِمَّا لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . قُلْنَا : بَلْ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، فِي رِوَايَةٍ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، لَكِنِ الشَّهَادَةُ هُنَا إِنَّمَا هِيَ بِأَدَاءِ المَالِ ، والعِتْقُ يَحْصُلُ عِنْدَ أَدَائِهِ بِالْعَقْدِ الأوَّلِ ، ولم يَشْهَدِ الشَّاهِدُ بِهِ ، وَلَا بَيْنَهُمَا فِيهِ نِزَاعٌ ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَثْبُتَ بِشَّهَادَةِ الوَاحِدِ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَمْرٌ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، كَمَا أَنَّ الْوِلَادَةَ تَثْبُتُ بِشَّهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا ثُبُوتُ النَّسَبِ ، الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِشَّهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَلَا بِشَّهَادَةِ ^(٣) وَاحِدٍ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ شَاهِدٌ ، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ . أَنْظَرَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا حَلَفَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ مَتَى جَاءَ شَاهِدُهُ ، وَأَدَّى الشَّهَادَةَ ، ثَبَّتَ حُرِّيَّتَهُ . وَإِنْ جَاءَ بِشَاهِدٍ فَجَرَحَ ، فَقَالَ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ ^(٤) عَدَلٌ . أَنْظَرَ ثَلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِقَبْضِ / مَالِ الكِتَابَةِ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَصِيحُ إِقْرَارُهُ . ٢٥٠/١١ . وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لغيرِ وَاثِرٍ ، وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لغيرِ وَاثِرِهِ مَقْبُولٌ . وَإِذَا قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي كُلَّهَا . عَتَقَ الْعَبْدُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُهَا كُلَّهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِنْ ^(٥) شَاءَ زَيْدٌ . عَتَقَ ، وَلَمْ يُؤَثِّرِ الاِسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الاِسْتِثْنَاءُ لَا

(١) فِي ١ ، ب : « الْعَبْدُ » .

(٢-٢) فِي ب ، م : « مَالٌ » .

(٣) فِي ب ، م : « بِشَاهِدٍ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب .

(٥) فِي ١ : « أَوْ إِنْ » .

مَدْخَلَ لَهُ فِي الْإِقْرَارِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى الْفِّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . كَانَ مُقَرَّرًا بِهَا . وَلَأنَّ هَذَا الْاسْتِثْنَاءُ تَعْلِيلٌ بِشَرْطٍ ، وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ إِنَّمَا هُوَ الْمُسْتَقْبَلُ ، وَأَمَّا الْمَاضِي ، فَلَا يُمَكِّنُ تَعْلِيلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ لَا يَتَغَيَّرُ عَنْهَا بِالشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا يُدَلُّ الشَّرْطُ فِيهِ عَلَى الشُّكِّ فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي ، وَأَنَا أَشْكُ فِيهِ . فَيَلْعَوُ الشُّكُّ ، وَيُثْبِتُ الْإِقْرَارُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ كِتَابَتِي . وَقَالَ : إِنَّمَا أَرَدْتُ أَنِّي اسْتَوْفَيْتُ النَّجْمَ الْآخِرَ دُونَ مَا قَبْلَهُ . وَادَّعَى الْعَبْدُ إِقْرَارَهُ بِاسْتِيفَاءِ الْكُلِّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفَ بِمُرَادِهِ .

فصل : وَإِذَا أُبْرَأَ السَّيِّدُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِيءٌ ، وَعَتَقٌ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ حَلَّتْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَّاهُ . وَإِنْ أُبْرَأَ مِنْ بَعْضِهِ ، بَرِيءٌ مِنْهُ كُلَّهُ ^(٦) ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ كَالْأَدَاءِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى ذَنَابِيرَ ، فَأُبْرَأَ مِنْ دَرَاهِمَ ، أَوْ عَلَى دَرَاهِمَ ، فَأُبْرَأَ مِنْ ذَنَابِيرَ ، لَمْ تَصِحَّ الْبِرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهُ أُبْرَأَ مِمَّا لَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِمَّا لِيَ عَلَيْكَ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمُكَاتَّبُ : إِنَّمَا أَرَدْتُ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ . وَقَالَ السَّيِّدُ : بَلْ ^(٧) ظَنَنْتُ أَنْ لِيَ عَلَيْكَ النَّقْدَ الَّذِي أُبْرَأْتُكَ مِنْهُ ، فَلَمْ تَقْعِ الْبِرَاءَةَ مُوضِعَهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ، مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفَ ^(٨) بِنَيْتِهِ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَاخْتَلَفَ الْمُكَاتَّبُ مَعَ وَرَثَتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَوْرُوثَهُمْ أَرَادَ ذَلِكَ . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَّبُ ، وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُ وَسَيِّدُهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٢٥٠/١١ ظ ١٩٩٨ - مسألة ؛ قَالَ : (وَلَا يُكْفَرُ الْمُكَاتَّبُ / بِغَيْرِ الصَّوْمِ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ، أَوْ جَمَاعٍ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ ، أَوْ قَتْلٍ ، أَوْ كَفَّارَةِ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ، وَلَأنَّهُ فِي حُكْمِ الْمُعْسِرِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا تَلَزُمُهُ زَكَاةٌ ، وَلَا نَفَقَةٌ قَرِيبٌ ، وَلَهُ اخْتِذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَكَفَّارَةُ الْعَبْدِ وَالْمُعْسِرِ الصَّيَّامُ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ ، وَبِجَوَازِهِ لَهُ التَّبَرُّعُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَأنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، وَقَدْ أُذِنَ فِيهِ ^(١) . وَلَا يَلَزُمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ، إِذَا أُذِنَ فِيهِ ^(١) السَّيِّدُ ؛

(٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : « اعترف » .

(١ - ١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

لأنَّ عليه ضرراً فيه ، لِمَا يُفْضَى إِلَيْهِ مِنْ تَفْوِيْتِ حُرِّيَّتِهِ ، كَأَنَّ التَّبَرُّعَ لَا يُلْزِمُهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .
 وقال القاضي : الْمُكَاتِبُ كَالْعَبْدِ الْقَنَّ فِي التَّكْفِيرِ ، وَمَتَى أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ^(٢) فِي التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، انْتَبَى عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ؛ ^(٣) فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ . لَمْ يَصِحَّ تَكْفِيرُهُ بِعَتَقٍ وَلَا إِطْعَامٍ وَلَا كِسْوَةٍ ، سَوَاءً مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ^(٤) أَوْ لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَسَوَاءً أُذِنَ فِيهِ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ يَكْفُرُ بِالْمَالِ بِمَمْلُوكٍ لَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ . صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالطَّعَامِ إِذَا أُذِنَ فِيهِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْعَتَقِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي تَكْفِيرِ الْعَبْدِ ^(٥) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا التَّفْصِيلَ لَا يَتَوَجَّهُ فِي الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَالَ ، بغيرِ خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا مِلْكُهُ نَاقِصٌ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ، صَحَّ ، كَالْتَّبَرُّعِ .

١٩٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةُ الَّذِينَ وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ ، يَعْتِقُونَ بِعَتَقِهَا)

وجعلته أنه يصحُّ مكاتبة الأمة ، كما تصحُّ مكاتبة العبد . لا خلاف بين أهل العلم فيه . وقد دلَّ عليه حديثُ بَرِيرَةَ ^(١) ، وحديثُ جُوَيْرِيَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ ^(٢) . ولأنَّها داخلَةٌ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . ولأنَّها يُمْكِنُهَا التَّكْسِبُ وَالْأَدَاءُ ، فَهِيَ كَالْعَبْدِ . وَإِذَا أَتَتْ الْمُكَاتِبَةُ بِوَلَدٍ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، إِمَّا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ تَابِعٌ لَهَا ، مَوْقُوفٌ عَلَى عَتَقِهَا / ، فَإِنْ عَتَقَتْ ٢٥١/١١ وبالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ ، عَتَقَ ، وَإِنْ فُسِّحَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ إِلَى الرِّقِّ ، عَادَ رَقِيقًا . وَهَذَا قَوْلُ شَرِيحٍ ، وَمَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَا كَانَ حَمَلًا حَالِ الْكِتَابَةِ ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَهَا . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْدِيرِ : هُوَ عَبْدٌ قِنْ ، لَا يَتَّبَعُ أُمُّهُ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ : « بِالتَّكْفِيرِ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٤) تَقَدَّمَ فِي : ١٠٦/١١ .

(١) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُ حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، فِي : ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةُ ٤٤٣ .

وللشافعي قولان ، كالمذهبيين . واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد ، كال تعليق بالصفة . ولنا ، أن الكتابة سبب ثابت للعق ، لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد ، كالاستيلاد ، ويفارق التعليق بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع . إذا ثبت هذا ، فالكلام في الولد في فصول أربعة ؛ في قيمته إذا أثلف^(٣) ، وفي كسبه ، وفي نفقته ، وفي عتيقه . أما قيمته إذا أثلف^(٤) ، فقال أبو بكر : هو لأمه ، تستعين بها على كتابتها ؛ لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً ، فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها ، كان أرضه لها ، كذلك ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهية أو شراء فقتل^(٥) كانت قيمته لها ، فكذلك إذا تبعتها^(٦) . (٧) يحققه أنه إذا تبعتها^(٧) ، صار حكمه حكمها ، فلا يثبت ملك السيد في منافعها ، ولا في أرض الجناية عليه ، كما لا يثبت له ذلك فيها . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : تكون القيمة لسيدها ؛ لأنها لو قتلت ، كانت قيمتها لسيدها ، فكذلك ولدها . والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها ، فيصير مالها لسيدها ، بخلاف ولدها ؛ فإن العقد باق بعد قتله ، فنظير هذا إثلاف بعض أعضائها . والحكم في إثلاف بعض أعضائه^(٨) ، كالحكم في إثلافه . وأما كسبه ، وأرض الجناية عليه ، فينبغي أيضاً أن يكون لأمه ؛ لأن ولدها جزء منها ، تابع لها ، فأشبهه بقية أجزائها ، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتيقه ، وحصول الحرية له ، فينبغي أن يصرف ذلك^(٩) فيه^(١٠) ، بمنزلة صرفه إليه ، إذ في عجزها رقه^(١١) ، وفوات كسبه عليه ، وأما نفقته/ فعلى

ظ ٢٥١/١١

(٣) في ب ، م : « تلف » .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر . وفي م : « تلف » . مكان « أثلف » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦) في م : « لو » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) في م : « أعضائها » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في زيادة : « لأن صرفه فيه » .

(١١) سقط من : الأصل .

أُمُّهُ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِكَسْبِهِ ، وَكَسْبُهُ لَهَا ، فَتَفَقَّهَتْ عَلَيْهَا . وَأَمَّا عِتْقُهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ بِأَدَائِهَا أَوْ إِبْرَائِهَا ، وَيَرْقُ بِعَجْزِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا . وَإِنْ مَاتَتِ الْمُكَاتِبَةُ عَلَى كِتَابَتِهَا ، بَطَلَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَ رَقِيقًا قِتًا ، إِلَّا أَنْ تُخْلَفَ وَفَاءً ، فَيَكُونُ عَلَى الرَّوَابِئِينَ . وَإِنْ أُعْتِقَهَا سَيِّدُهَا ، لَمْ يَعْتِقْ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَبِعَهَا فِي حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ ، وَمَا حَصَلَ الْأَدَاءُ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ عِتْقُهَا بِأَمْرِ لَا يَتَّبِعُهَا فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْلَمْ تَكُنْ مُكَاتِبَةً . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا الَّذِينَ قَالُوا : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا بِعِتْقِهَا . أَنْ يَعُودَ وَلَدُهَا رَقِيقًا . وَمُقْتَضَى قَوْلِنَا ، أَنَّهُ ^(١٢) يَبْقَى عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُهُ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ الْأَدَاءُ عَنْهَا الْحُصُولَ الْحَرِّيَّةَ بِذَوْنِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ يَتَّبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَلَا فِي يَدِهَا مَالٌ يَأْخُذُهُ ، لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ بَقَاءِ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَقَائِهِ فَائِدَةٌ ، ^(١٣) فَانْتَفَى لَا نِتْفَاءً فَائِدَتِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا ، فِي بَقَائِهِ فَائِدَةٌ ^(١٤) ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى عِتْقٍ وَلَدِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْقَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ بِإِعْتَاقِهَا ؛ لِأَنَّهُ جَرَى مَجْرَى إِبْرَائِهَا مِنَ الْمَالِ ^(١٥) . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَتَقَتْ ^(١٦) .

بِاسْتِيلَادٍ أَوْ تَذْيِيرٍ أَوْ تَعْلِيلٍ بِصِفَةٍ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أُعْتِقَهَا ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْوَلَدَ ذُوْنَهَا ، صَحَّ عِتْقُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهْنًا ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ^(١٧) ، فَصَحَّ عِتْقُهُ ، كَأُمِّهِ ، وَلَئِنْ لَوْ أُعْتِقَهُ مَعَهَا لَصَحَّ ، وَمَنْ صَحَّ عِتْقُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، صَحَّ مُفْرَدًا ، كَسَائِرِ مَمَالِيكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَنْفَذَ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِأُمِّهِ ، بِتَقْوِيَتِ كَسْبِهِ عَلَيْهَا ؛ فَإِنَّهَا ^(١٨) كَانَتْ تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ، وَلَعَلَّ أَحْمَدَ نَفَذَ عِتْقَهُ تَعْلِيلًا لِلْعِتْقِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعْتِقُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنَ الضَّرَرِ لَا يَصِحُّ لَوْجُوهُ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَحْصُلُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ كَسَبٌ يُفْضَلُ عَنْ نَفَقَتِهِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا كَسَبَ لَهُ ، فَتَخْلِيصُهَا مِنْ نَفَقَتِهِ نَفْعٌ مُحْضٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي إِعْتَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُفْضَلُ لَهَا مِنْ كَسْبِهِ

(١٢) فِي ب : « أَنْ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(١٤) فِي م : « مَالُ الْكِتَابَةِ » .

(١٥) فِي م : « أَعْتَقَتْ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٧) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

شئٌ يُنْتَفَعُ به ، فكان يَنْبَغِي أَنْ^(١٨) يُقَيَّدَ الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرَهُ بِهَذَا الْقَيْدِ . الثَّانِي ، أَنَّ النَّفْعَ بِكَسْبِهَا^(١٩) لَيْسَ بِوَاجِبٍ لَهَا ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهَا^(٢٠) لَا تَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فَلَمْ يَكُنِ الضَّرَرُ بِفَوَاتِهِ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّهَا . الثَّالِثُ ، أَنَّ مُطْلَقَ الضَّرَرِ لَا يَكْفِي فِي مَنْعِ الْعِنَقِ الَّذِي تَحَقَّقَ^(٢١) مُقْتَضِيهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ^(٢٢) بِالْأَعْتَابِ^(٢٣) ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أَصْلًا ، ثُمَّ هُوَ مُلْعَى بِعِنَقِ الْمُفْلِسِ وَالرَّاهِنِ وَسِرَايَةِ الْعِنَقِ إِلَى مَلِكِ الشَّرِيكِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مَعَ وُجُودِ الضَّرَرِ بِتَفْوِيْتِ الْحَقِّ اللَّازِمِ ، فَهَذَا أَوْلَى .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ وَلَدِهَا فَإِنَّ^(٢٤) وَلَدَ ابْنِهَا^(٢٥) حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتِبِ لَا يَتَّبِعُهُ ، وَأَمَّا وَلَدُ بَنَتِهَا ، فَهُوَ كِبَنَتِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَسْرِي الْكِتَابَةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَعَ الْأَتْصَالِ ، وَهَذَا وَلَدُ مُنْفَصِلٍ ، فَلَا تَسْرِي إِلَيْهِ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا ، لَا يَسْرِي إِلَيْهِ الْأَسْتِيلَادُ ، وَهَذَا الْوَلَدُ اتَّصَلَ بِأُمِّهِ دُونَ جَدَّتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ ابْنَتَهَا تَبَتْ لَهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، فَيَجِبُ أَنْ يُثْبِتَ لَا بَنَتُهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، كَمَا ثَبِتَ^(٢٥) لَهَا^(٢٦) حُكْمُ أُمِّهَا ، وَلَأنَّ الْبِنْتَ تَبِعَتْ أُمُّهَا ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَّبِعَهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ^(٢٦) إِتْبَاعِهَا لِأُمِّهَا^(٢٧) مَوْجُودَةٌ فِي وَلَدِهَا ، وَلَأنَّ الْبِنْتَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْعِنَقِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْرِيَ إِلَى وَلَدِهَا ، كَالْمُكَاتِبَةِ . وَهَذَا الْخِلَافُ فِي وَلَدِ الْبِنْتِ التَّابِعَةِ لِأُمِّهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَأَمَّا الْمَوْلُودَةُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَابْنَتُهَا أَوْلَى .

(١٨) في م زيادة : « لا » .

(١٩) لعل الصواب : « بكسبه » .

(٢٠) في ب ، م : « أنه » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « باعتباره » .

(٢٤-٢٥) سقط من : م . وفي ب قبله زيادة : « كان » .

(٢٥) في ب ، م : « ثبت » .

(٢٦) في ا ، ب ، م : « عليه » . خطأ .

(٢٧) في ب ، م : « لأنها » . تحريف .

٢٠٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَكَائِبِ)

وهذا قول عطائٍ ، والنَّحَعِيّ ، واللَّيْثِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وهو قَدِيمُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، قال : وَلَا وَجْهَ لِقَوْلِ مَنْ^(١) قال : لَا يَجُوزُ . وحكى أبو الخطَّاب ، عن أحمد ، روايةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وهو قول مالِك ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، والجديدُ من قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ كَسْبِهِ ، فَمَنْعَ^(٢) بَيْعِهِ ، كَبَيْعِهِ / وَعِتْقِهِ . وقال ٢٥٢/١١ ط الزُّهْرِيُّ ، وأبو الزُّنَاد : يَجُوزُ بَيْعُهُ بِرِضَاهُ ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَرْضَ . وحكى ذلك عن أبي يوسُفَ ؛ لِأَنَّ بَرِيرَةَ إِنَّمَا بَيْعَتْ بِرِضَاهَا وَطَلَبِهَا^(٣) ، وَلِأَنَّ لِسَيِّدِهِ اسْتِيفَاءَ مَنَافِعِهِ بِرِضَاهُ ، وَلَا يَجُوزُ بغيرِ رِضَاهُ ، كَذَلِكَ بَيْعُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عُرْوَةُ ، عن عائِشَةَ ، أَنَّهَا قَالَتْ : جَاءَتْ بَرِيرَةُ إِلَيَّ ، فَقَالَتْ : يَا عَائِشَةُ ، إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أَوْقِيَّةٌ ، فَأَعِينِينِي . وَلَمْ تَكُنْ قَضَيْتُ مِنْ كِتَابَتِهَا شَيْئًا ، فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ ، وَنَفَسَتْ^(٤) فِيهَا : ارْجِعِي إِلَى أَهْلِكَ ، إِنْ أَحْبَبُوا أَنْ أُعْطِيَهُمْ ذَلِكَ جَمِيعًا ، فَعَلْتُ . فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا ، فَعَرَضَتْ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، فَأَبَوْا ، وَقَالُوا : إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَحْتَسِبَ^(٥) عَلَيْكَ فَلْتَفْعَلْ ، وَيَكُونَ وَلَاؤُكَ لَنَا . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ عَائِشَةَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « لَا يَمْنَعُكَ ذَلِكَ مِنْهَا ، ابْتِاعِي وَأَعْتِقِي ، إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : «^(٦) (أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا^(٦) بِأَلْ نَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شَرْطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، فَضَاءُ^(٧) اللَّهُ أَحَقُّ ، وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : بَيْعَتْ بَرِيرَةُ بِعِلْمِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ ، وَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ ، فَفِي ذَلِكَ الْبَيَانِ أَنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ ،

(١) في م زيادة : « مكاتب » .

(٢) في ب ، م : « فيمنع » .

(٣) تقدم تخريجه ، في ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٤) في م : « ونفست » . ونفست : رغبت .

(٥) في الأصل : « تحسب » .

(٦-٦) في ب ، م : « ما » .

(٧) في الأصل : « ففضاء » .

وَلَا أَعْلَمُ خَيْرًا يُعَارِضُهُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَخْبَارِ دَلِيلًا عَلَى عَجْزِهَا . وَتَأَوَّلَهُ ^(٨) الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ عَجَزَتْ ، وَكَانَ يَبْعُثُهَا فَسَخًا لِكِتَابَيْهَا . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، بَلْ قَوْلُهَا : أُعِينِنِي عَلَى كِتَابَتِي . دَلَالَةٌ عَلَى بَقَائِهَا عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلَئِنَّهَا أَخْبَرَتْهَا أَنَّ نُجُومَهَا فِي كُلِّ عَامٍ أَوْ قِيَّةٌ ، فَالْعَجْزُ إِنَّمَا يَكُونُ بِمُضِيِّ عَامَيْنِ عِنْدَ مَنْ لَا يَرَى الْعَجْزَ إِلَّا بِحُلُولِ نَجْمَيْنِ ، أَوْ بِمُضِيِّ عَامٍ عِنْدَ الْآخَرِينَ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ شِرَاءَ عَائِشَةَ لَهَا كَانَ فِي أَوَّلِ كِتَابَتَيْهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ / سَبَبَ خُرَّتِهَا مُسْتَقَرٌّ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ فَسْخَهُ ^(٩) بِحَالٍ ، فَأَشْبَهَ الْوَقْفَ ، وَالْمُكَاتِبُ يَجُوزُ رَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ، وَفَسَخُ كِتَابَتِهِ إِذَا عَجَزَ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَهَلِ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَبِيعَ الْمُكَاتِبَ بِأَكْثَرِ مِمَّا كَاتَبَ ^(١٠) عَلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلِأَنَّ الْمُكَاتِبَ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ، لَمْ ^(١١) يَتَحَتَّمْ عِتْقُهُ ، فَجَازَ يَبْعُهُ ، كَالْمُعْلَقِ عِتْقُهُ بِصِفَةِ ؛ وَالِدَلِيلِ عَلَى أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ^(١٢) . وَأَنَّ مَوْلَانَهُ ^(١٣) لَا يَلْزَمُهَا ^(١٤) أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنْ مُكَاتِبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُودَّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » ^(١٥) . فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَحْتَجِبُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَقَدَرَوْنَاهُ فِي هَذَا عَنِ نَبْهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّهُ قَالَ : قَالَتْ لِي أُمُّ سَلَمَةَ : يَا نَبْهَانُ ، هَلْ عِنْدَكَ مَا تُودِّي ؟ قُلْتُ : نَعَمْ . فَأَرْحَتِ ^(١٦) الْحِجَابَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا ، وَرَوَتْ هَذَا الْحَدِيثَ . قَالَ : فَقُلْتُ : لَا وَاللَّهِ ، مَا عِنْدِي مَا أُودَّى ، وَلَا أَنَا بِمُودٍّ ^(١٧) . وَإِنَّمَا سَقَطَ الْحِجَابُ عَنْهَا مِنْهُ ؛ لَكُونِهِ مَمْلُوكَهَا ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ عِتْقُهُ ، وَلَا يَصِحُّ عِتْقُ مَنْ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَيَرْجِعُ عِنْدَ الْعَجْزِ إِلَى

٢٥٣/١١

(٨) فِي مِيزَانِهِ : « لَه » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فَسَخَهَا » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١) فِي ب : « فَلَمْ » .

(١٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ١٢٥/٩ .

(١٣-١٤) فِي ب : « لَزَمَهَا » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَأَرْحَتِ » .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْحَدِيثِ الَّذِي رَوَى فِي الْإِحْتِجَابِ عَنِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكَبْرَى

٣٢٧/١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ عَجْزِ الْمُكَاتِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . الْمُصَنَّفِ ٤٠٩/٨ .

كَوْنَهُ فَنَّا ، وَلَوْ صَارَ حُرًّا ، مَا عَادَ إِلَى الرَّقِّ ، ^(١٦) وَيُفَارِقُ إِعْتَاقَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الرَّقَّ بِالْكُلِّيَّةِ ،
وَلَيْسَ بِعَقْدٍ ، إِنَّمَا ^(١٧) هُوَ إِسْقَاطٌ لِلْمَلِكِ ^(١٨) فِيهِ ، وَأَمَّا بَيْعُهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مَالِكُهُ بَيْعَهُ ، وَأَمَّا
الْبَائِعُ ، فَلَمْ يَتَّقْ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَتَجُوزُ هِبَتُهُ ، وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، وَنَقْلُ الْمِلْكِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مَنَعَ هِبَتَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا وَرَدَ بَيْعَهُ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُهَا ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ فِي مَعْنَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، ثَبَتَ الْحُكْمُ فِيهِ .

٢٠٠١ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ فِيهِ ^(١) مَقَامُ الْمُكَاتِبِ ، ^(٢) فَإِذَا أَدَّى ،
صَارَ حُرًّا ^(٣) . وَوَلَاؤُهُ لِمُشْتَرِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يَبَيِّنِ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ مُكَاتِبٌ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ
بَيْنَ أَنْ يَرْجِعَ ^(٤) فِي الثَّمَنِ ^(٥) ، أَوْ يَأْخُذَ مَا بَيْنَهُ سَلِيمًا وَمُكَاتِبًا)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَنْفَسِيخُ بِالْبَيْعِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهَا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . قَالَ
ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ بَيْعَ السَّيِّدِ مُكَاتِبَةً عَلَى أَنْ يُبْطَلَ
كِتَابَتُهُ بَيْعِهِ ، إِذَا كَانَ / مَاضِيًا فِيهَا ، مُؤَدِّيًا مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ فِي أَوْقَاتِهَا ، غَيْرُ ^(٦) ٢٥٣/١١ ظ
جَائِزٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُا عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَلَا تَبْطُلُ بَيْعُ الْعَبْدِ ، كإِجَارَتِهِ وَنِكَاحِهِ ، وَيَبْقَى عَلَى
كِتَابَتِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَعَلَى نُجُومِهِ ، كَمَا ^(٧) كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، مُبْقَى ^(٨) عَلَى مَا بَقِيَ ^(٩) عَلَيْهِ مِنْ
كِتَابَتِهِ ، وَيُودَّى إِلَى الْمُشْتَرِي ، كَمَا كَانَ يُودَّى إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ عَبْدٌ لِمُشْتَرِيهِ ؛
لِأَنَّهُ صَارَ سَيِّدَهُ ، وَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِمُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُكَاتِبِ فِيهِ ائْتَقَلَ إِلَى
الْمُشْتَرِي ، فَصَارَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُعْتَقُ ؛ وَلِهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَائِشَةَ : « ائْتَاَعِي ،
وَأَعْتِقِي ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(١٠) . وَلَمَّا أَرَادَ أَهْلُهَا اشْتِرَاطَ وَلَائِهَا ، أُنْكَرَ ذَلِكَ ،

(١٦-١٧) سقط من : ١ . *

(١٧) في م : « وَإِنَّمَا » .

(١) سقط من : ب .

(٢-٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣-٣) في ا ، ب : « بِالثَّمَنِ » .

(٤) في م زيادة : « لَوْ » .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخرجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وَأَخْبَرَ بِطُلَانِهِ . وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي كَوْنَهُ مُكَاتَّبًا ، ثُمَّ عَلِمَ ذَلِكَ ، فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ ، أَوْ اخْذُ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَيْبٌ ، لَكَوْنِ الْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِيهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، وَلَا اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا الْوَطْءَ إِنْ كَانَتْ أُمَةً ، وَقَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ زَوَالِ الْمِلْكِ فِيهِ ، فَيَمْلِكُ الْفَسْخَ بِذَلِكَ ، كُمُشْتَرِي الْأُمَةِ الْمُزَوَّجَةِ أَوِ الْمَعِيْبَةِ ، فَيَتَخَيَّرُ حِينَئِذٍ بَيْنَ فَسْخِ الْبَيْعِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ إِمْسَاكِهِ وَأَخْذِ الْأَرْضِ ، وَهُوَ قَسْطُ مَا بَيْنَهُ مُكَاتَّبًا وَبَيْنَهُ رَقِيقًا فَنَاءً^(٧) ، فَيُقَالُ : كَمْ قِيَمَتُهُ^(٨) مُكَاتَّبًا ، وَكَمْ قِيَمَتُهُ^(٩) لَوْ كَانَ غَيْرَ مُكَاتَّبٍ ؟ فَإِذَا قِيلَ : قِيَمَتُهُ مُكَاتَّبًا مِائَةً ، وَقِيَمَتُهُ غَيْرَ مُكَاتَّبٍ مِائَةً وَخَمْسُونَ . وَالثَّمَنُ مِائَةً وَعِشْرُونَ ، فَقَدْ نَقَصَتْهُ الْكِتَابَةُ ثُلُثَ قِيَمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ بِثُلُثِ ثَمَنِهِ ، وَهُوَ أَرْبَعُونَ ، وَلَا يَرْجِعُ بِالْخَمْسِينَ الَّتِي نَقَصَتْ بِالْكِتَابَةِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، عَلَى مَا قَرَّرَ فِي الْبَيْعِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمُكَاتَّبِ مِنْ نُجُومِهِ ، فَلَا يَصِحُّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال عطاء ، وعمر بن دينار ، ومالك : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُهَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَّبِ ، فَجَارَ بَيْعُهَا ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ،^(١٠) كَدَيْنِ السَّلَمِ^(١١) ، وَدَلِيلُ عَدَمِ الْاسْتِقْرَارِ ، أَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلسَّقُوطِ بِعَجْزِ الْمُكَاتَّبِ ، وَلَأنَّهُ لَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ إِجْبَارَ الْعَبْدِ عَلَى / آدَائِهِ ، وَلَا الْإِزَامَةَ بِتَحْصِيلِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ^(١٢) ، كَالْعِدَّةِ بِالتَّبَرُّعِ ، وَلَأنَّهُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ^(١٣) . فَإِنْ بَاعَهُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي مُطَالَبَةُ الْمُكَاتَّبِ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا الرُّجُوعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . فَإِنْ سَلَّمَ الْمُكَاتَّبُ إِلَى الْمُشْتَرِي نُجُومَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَضَمَّنَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ ، فَأُشْبِهَ قَبْضَ الْوَكِيلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَنْبِهِ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا قَبَضَ لِنَفْسِهِ بِحُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، فَكَانَ الْقَبْضُ أَيْضًا فَاسِدًا ، وَلَمْ يَعْتَقُ . بِخِلَافِ وَكِيلِهِ ، فَإِنَّهُ

و ٢٥٤/١١

(٧) سقط من : ١ .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٠) في ب : « المسلم » .

(١١) تقدم تخرج أحاديث النهي عن بيع ما لم يقبض ، في : ١٨٢/٦ ، ١٨٣ ، ١٨٩ .

استنابَه . ولو صرَّح بالإذن ، فليس بمُسْتَتِيبٍ له في القَبْضِ ، وإنَّما إذْنُهُ بحُكْمِ
المُعَاوَضَةِ ، فلا فَرْقَ بين التَّصْرِيحِ وَعَدَمِهِ . فإن قُلْنَا : يَعْتَقُ بالأداء . بَرَى المُكَائِبُ من
مالِ الكِتَابَةِ ، وَيَرْجِعُ السَّيِّدُ على المُشْتَرَى بما قَبَضَهُ ؛ لأنَّه كالتَّائِبِ عنه . فإن كان من
جِنْسِ الثَّمَنِ ، وكان قد تَلَفَ ، تَقاصًّا بِقَدَرِ أَقْلُهُمَا ، وَرَجَعَ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ . وإن قُلْنَا :
لا يَعْتَقُ بذلك . فَمَالُ الكِتَابَةِ باقٍ على المُكَائِبِ ، وَيَرْجِعُ المُكَائِبُ على المُشْتَرَى بما دَفَعَهُ
إليه ، وَيَرْجِعُ المُشْتَرَى على البائع . فإن سَلَّمَهُ المُشْتَرَى ^(١٢) إلى البائع ، لم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ ؛
لأنَّه قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المُكَائِبِ ، فَأُشْبِهَ ما لو أَخَذَهُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فإن كان من غير
جِنْسِ مالِ الكِتَابَةِ ^(١٣) ، تَرَاجَعَا بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْآخَرِ . وإن باعَهُ ما ^(١٤) أَخَذَهُ بِمَالِهِ
في ذِمَّتِهِ ، وكان مُمَايَجُوزُ الْبَيْعِ فيه ، جاز إذا كان ما قَبَضَهُ السَّيِّدُ باقِيًا ، وإن كان قد تَلَفَ ،
وَوَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وكانت ^(١٥) من جِنْسِ مالِ الكِتَابَةِ ، تَقاصًّا ، وإن كان المقبوضُ من جِنْسِ
مالِ الكِتَابَةِ ، فَتَحَاسَبَا به ، جاز .

فصل : وإذا كانت المُكَائِبَةُ ذاتَ وَلَدٍ يَتَبَعُها في الكِتَابَةِ ، فباعَهُما معًا ، صَحَّ ؛
لأنَّهُما مِلْكُهُ ، ولا مانعَ من بَيْعِهِما ، ويكونان عند المُشْتَرَى ، كما كانا عند البائع ، سواء .
/ وإن باعَ أَحَدَهُما دونَ صاحِبِهِ ، أو باعَ أَحَدَهُما للرجل ، وباعَ الْآخَرَ لغيرِهِ ، لم يَصِحَّ ، ^{٢٥٤/١١} ظ
لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّهُ لا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينَ الأمِّ وولَدِها في البَيْعِ إِلَّا بعدَ البلوغِ . في إِحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ . والثاني ، أَنَّ الولدَ تابعٌ لأمِّه ، ولها كَسْبُهُ ، وعليها نَفَقَتُهُ ، وصارَ في مَعْنَى
مَمْلُوكِها ، فلم يَجْزِ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَها . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يجوزَ ذلكَ إذا كان بالغًا ؛ لأنَّه محلٌّ
للْبَيْعِ ، صدرَ فيه التَّصَرُّفُ من أهله ، ويكونُ ^(١٦) عَبْدَ مَنْ هُوَ عَبْدُهُ ^(١٦) ، على ما كانَ عليه قَبْلَ
بَيْعِهِ ، لها كَسْبُهُ ، وأرْشُ الجَنائَةِ عليه ، وعليها نَفَقَتُهُ ، وَيَعْتَقُ بِعَتَقِها ، كما لو بَيْعَ . واللهُ
أَعْلَمُ .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب : « المكاتبة » .

(١٤) في ب : « بما » .

(١٥) في ب : « وكان » .

(١٦-١٦) في ا ، ب ، م : « عند من هو عنده » .

فصل : وإن وصَّى بالمُكاتبِ لرجل ، فقال أبو بكرٍ : قال أحمد : الوَصِيَّةُ به ^(١٧) جائزة ؛ لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الأداء إليه ، وإن عَجَزَ ، ^(١٨) عاد إليه رقيقاً له قنّاً ، وإن عتق ، فالولاء له ، كما ذكرنا في المشتري ، سواء ، فإن عَجَزَ ^(١٩) في حياة الموصي ، لم تبطل الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ رقه لا ينافي الوَصِيَّةَ . وإن ^(٢٠) أدَّى وعتق في حياة الموصي ، بطلت الوَصِيَّةُ . ومن منع بيع المُكاتبِ ، منع الوَصِيَّةَ فيه ، وهبته . فإن قال : إن عَجَزَ ورَّق ، فهو لك بعد موتي . صحَّت الوَصِيَّةُ ، إذا عَجَزَ في حياة ^(٢١) الموصي ، وإن عَجَزَ بعد موته ، لم يستحقه ؛ لأنَّ الشرط بطل بموته ، كما لو قال لعبيده : إن دخلت الدار ، فأنت حر بعد موتي . فلم يَدْخُلها حتى مات سيده . وإن قال : إن عَجَزَ ^(٢٢) بعد موتي ، فهو لك . فهذا تعليق للوصية على صفة ، توجد بعد الموت . وقد ذكرنا في صحتها وجهين .

فصل : وإن وصَّى بكتابته لرجل ، صحَّت الوَصِيَّةُ ؛ لأنها تصح بما ليس بمُسْتَقَرٍّ ، كما تصح بما لا يملكه ^(٢٣) في الحال ؛ من ثمرة شجرة ، وحمل جاريته . وللموصي له أن يستوفي المال عند حلوله ، وله أن يبرئ منه ؛ فإذا استوفاه ، أو أبرأه منه ، عتق المُكاتبُ ، والولاء لسيده ؛ لأنه المُنْعَمُ / عليه ، وإن عَجَزَ المُكاتبُ ، فأراد الوارث تعجيزه ، وأراد الموصي له إنظاره ، فالقول قول الوارث ؛ لأنَّ حقَّ الموصي له ^(٢٤) في المال ^(٢٥) ما دام العقد قائماً ، وحقَّ الوارث متعلق به ، إذا عَجَزَ ^(٢٦) يرُّده في الرِّقِّ ، وليس للموصي له إنبطال حقَّ الوارث من تعجيزه . وإن أراد الوارث إنظاره ، وأراد الموصي له تعجيزه ، لم يكن له ؛ لأنَّ الحقَّ في التعجيز والفسخ للوارث ، ولا حقَّ للموصي له في ذلك ،

٢٥٥/١١ و

(١٧) في ب : « له » .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « وإذا » .

(٢٠) في الأصل ، ب ، م : « حالة » .

(٢١) في م : « عجزت » .

(٢٢) في ب : « يملك » .

(٢٣-٢٤) سقط من : ب .

(٢٤) في ب ، م : « عجزه » .

وَلَا يَقَعُ^(٢٥) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ بِهِ . وَمَتَى عَجَزَ ، عَادَ عَبْدُ الْوَرَثَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَا تَعَجَّلَهُ^(٢٦) الْمُكَاتِبُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِصِفَةٍ ، فَإِنْ عَجَّلَ شَيْئًا ، فَهُوَ^(٢٧) لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعَجَّلْ شَيْئًا حَتَّى حَلَّتْ نُجُومُهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّتَانِ ؛ فَإِنْ أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الْمَالِ ، أَوْ أُبْرَأَهُ مِنْهُ ، عَتَقَ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الرَّقَبَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الرَّقَبَةِ ، وَلَوْ لَمْ يُوصَّ بِهَا لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَإِذَا وَصَّى بِهَا كَانَ الْوَلَاءُ لِمَنْ وَصَّى لَهُ بِهَا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى لَهُ بِالْمُكَاتِبِ مُطْلَقًا ، لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَصَّى بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَفَادُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَسَخَّ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ كِتَابَتَهُ ، وَكَانَ رَقَبَةً لَهُ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ قَدْ قَبَضَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي فَسْخِ الْكِتَابَةِ عِنْدَ الْعَجَزِ ، قُدِّمَ قَوْلُ^(٢٧) صَاحِبِ الرَّقَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْوَرَثَةِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَقِيَاسُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّهُ لَوْ وَصَّى^(٢٨) لِرَجُلٍ بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ دُونَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْمَالِ صَحِيحَةٌ ، فِيمَا إِذَا وَصَّى^(٢٩) بِهَا لِرَجُلٍ وَحْدَهُ ، وَأَوْصَى بِالْمَالِ لِآخَرَ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتِبِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ^(٢٩) لَكَ بِمَا أَقْبَضُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . / ٢٥٥/١١ ظ
صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ يُودَى فِيهَا الْمَالُ ، كَمَا يُودَى فِي الصَّحِيحَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ تَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، فَفِي الْفَاسِدَةِ أَوْلَى .

(٢٥) فِي م : « يَبْع » .

(٢٦) فِي ب : « عَجَلَهُ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٨) فِي ب : « أَوْصَى » .

(٢٩) فِي م : « وَصِيَّت » .

فصل: وَتَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِمُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ زَكَاتَهُ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَن مَّكَاتِبِي بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، أَوْ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُوا مَا شَاءُوا ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ، مِنْ أَوَّلِ نُجُومِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ نَجْمًا مِنْ نُجُومِهِ . فَلَهُمْ أَنْ يَضَعُوا أَيْ نَجْمَ شَاءُوا ، كَمَا لَوْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ ^(٣٠) أَيْ نَجْمَ شِئْتُمْ . وَسَوَاءٌ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَّفِقَةً أَوْ مُخْتَلِفَةً ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ وَاحِدًا مِنْهَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَيْ نَجْمَ شَاءَ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى مَشِيئَتِهِ ، فَيَلْزِمُهُمْ وَضْعُ النَّجْمِ الَّذِي يَخْتَارُ وَضَعَهُ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ جَعَلَ الْمَشِيئَةَ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْبَرَ نُجُومِهِ . ^(٣١) لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا ^(٣٢) عَنْهُ أَكْبَرَهَا مَالًا ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُهَا ^(٣٣) قَدْرًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصْفِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ يَزِيدُ عَلَى نَصْفِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ نُجُومُهُ بِخَمْسَةٍ ، وَضَعُوا ثَلَاثَةً ، وَإِنْ كَانَتْ سِتَّةً ، وَضَعُوا أَرْبَعَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْصَرِفَ ذَلِكَ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهَا أَكْثَرُهَا ^(٣٤) مَالًا ، بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : أَكْبَرَ نُجُومِهِ . فَإِنْ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً ، تَعَيَّنَ الْاِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نُجُومِهِ . فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا أَوْسَطُ وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ ، وَعَدَّدُهَا مُفْرَدًا ^(٣٥) ، فَيَتَعَيَّنُ وَضْعُ أَوْسَطِهَا عَدَدًا ، فَإِذَا كَانَتْ خَمْسَةً ، فَلَا أَوْسَطُ الثَّلَاثُ ، وَإِنْ كَانَتْ سَبْعَةً ، فَلَا أَوْسَطُ الرَّابِعِ ، وَإِنْ كَانَ عَدْدُهَا مُزْدَوِجًا ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ الْمِقْدَارِ ، فَبَعْضُهَا مِائَةٌ ، وَبَعْضُهَا مِائَتَانِ ، وَبَعْضُهَا ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَأَوْسَطُهَا الْمِائَتَانِ ، فَتَتَعَيَّنُ ^(٣٥) الْوَصِيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْسَطُهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرِ ، مُخْتَلِفَةً الْأَجَلِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ اثْنَانِ مِنْهَا إِلَى شَهْرٍ ، وَوَاحِدٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَوَاحِدٌ إِلَى / ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيمَا هُوَ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لِأَنَّهُ ^(٣٦) أَوْسَطُهَا . وَإِنْ اتَّفَقَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ فِي

٢٥٦/١١ و

(٣٠) سقط من : م .

(٣١-٣٢) في الأصل ، ا ، ب : « وضعوا » .

(٣٢) في ب ، م : « أكبرها » .

(٣٣) في ا ، ب ، م : « أكبرها » .

(٣٤) في م : « مفرد » .

(٣٥) في الأصل ، م : « فتعين » .

(٣٦) في م : « لأنها » .

وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْسَطُ فِي الْقَدْرِ ، وَأَوْسَطُ فِي (٣٧) الْأَجْلِ ، وَأَوْسَطُ فِي (٣٧) الْعَدَدِ ، يُخَالِفُ بَعْضُهَا بَعْضًا ، فَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ، فَلَهُمْ وَضْعُ مَا شَاءُوا مِنْهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْوَرَثَةُ وَالْمُكَاتَبُ ، فِيمَا أَرَادَ الْمُوصِي مِنْهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَا أَرَادَ الْمُوصِي ، ثُمَّ التَّعْيِينُ إِلَيْهِمْ . وَمَتَى كَانَ فِيهَا أَوْسَطَانِ ، عَيَّنَ الْوَرَثَةُ أَحَدَهُمَا . وَمَتَى كَانَ الْعَدَدُ وَثَرًا ، فَأَوْسَطُهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ كَانَ شَفْعًا ، كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ ، فَأَوْسَطُهُ اثْنَانِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا وَصَّى بِأَوْسَطِ نَجْوِمِهِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا خَفَ . أَوْ قَالَ : مَا يَثْقُلُ ، أَوْ (٣٨) يَكْثُرُ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى تَقْدِيرِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَخِفُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ (٣٩) أَثْقَلُ مِنْهُ ، وَيَثْقُلُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ (٣٩) أَخَفُ مِنْهُ ، كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَصَّى بِمَالٍ عَظِيمٍ ، أَوْ كَثِيرٍ ، أَوْ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَفِيفٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُ عَنْهُ النِّصْفَ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَ نِصْفِهِ . فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَهُ . فَذَلِكَ الْكِتَابَةُ كُلُّهَا ، وَزِيَادَةُ عَلَيْهَا ، فَيَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ ، وَيَبْطُلُ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِعَدَمِ مَحَلِّهَا . (٤٠) وَإِنْ قَالَ (٤١) : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ . فَشَاءَ وَضَعَ كُلُّ مَا عَلَيْهِ ، وَضَعَ كُلُّ (٤٢) مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ (٤٣) يَتَنَاوَلُهُ (٤٤) . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ وَضْعُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ « مِنْ » لِلتَّبْعِيضِ ، فَلَا تَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

٢٠٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ ، أَوْ ذَارَحَهُ مِنَ الْمُحَرَّمِ

عَلَيْهِ نِكَاحُهُ ، لَمْ يَعْتَقُوا حَتَّى يُودَّى / وَهُمْ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، فَهُمْ عِيْدٌ لِسَيِّدِهِ) (٢٥٦ / ١١ ط

الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فَصْلَيْنِ :

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) في م : « أَوْما » .

(٣٩-٣٩) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

(٤٠-٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٣) في ب ، م : « وصينه » .

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ يُؤَدِّي إِلَى إِثْلَافِ مَالِهِ ، لِأَنَّهُ يُخْرِجُ مِنْ مَالِهِ مَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فِي مُقَابَلَةِ مَا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الْهَبَةَ . فَإِنْ إِذْنُ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ . قَوْلًا وَاحِدًا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ ^(١) قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا لَا ضَرَرَ ^(٢) عَلَى السَّيِّدِ ^(٣) فِي شِرَائِهِ ، فَصَحَّ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَيَأْنِي أَنَّهُ يَأْخُذُ كَسْبَهُمْ ، وَإِنْ عَجَزَ صَارُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِ ، وَلَئِنْ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرُهُ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَفُتِيَ عَنْ الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّهَا تُفَوِّتُ الْمَالَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا تَنْفَعُ يَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتِبِ وَلَا السَّيِّدِ ، وَلَئِنْ تَحَقَّقَ السَّبَبُ ، وَهُوَ صُدُورُ التَّصَرُّفِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْمَانِعُ ؛ لِأَنَّ مَا ذَكَرُوهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

الفصل الثاني : أَنَّهُمْ لَا يَعْتَقُونَ ^(٣) بِمَجَرَّدِ مِلْكِهِ ^(٢) لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاشَرَهُم بِالْعِتْقِ ، أَوْ أَعْتَقَ غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَقَعِ الْعِتْقُ ، فَلَا يَقَعُ بِالشَّرَاءِ الَّذِي أُقِيمَ مُقَامَهُ . وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُمْ ، وَلَا هِبَتُهُمْ ، وَلَا إِخْرَاجُهُمْ عَنْ مِلْكِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ بَيْعٌ مِنْ ^(٤) عِدَا الْمُؤَلَّودِينَ وَالْوَالِدِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسَتْ قَرَابَتُهُمْ قَرَابَةً حُرِّيَّةً وَلَا بَعْضِيَّةً ^(٥) ، فَأَشْبَهُوا الْأَجَانِبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذُو رَحِمٍ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا عَتَقَ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَالْوَالِدِينَ وَالْمُؤَلَّودِينَ ، وَلَئِنْ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُمْ إِذَا كَانَ حُرًّا ، فَلَا يَمْلِكُهُ مُكَاتِبًا ، كَوَالِدَيْهِ ، وَلَئِنْهُمْ ^(٦) نَزَلُوا مَنْزِلَةَ أَجْزَائِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُمْ ، كَيْدِهِ . فَإِذَا أَدَّى ، وَهُمْ فِي مِلْكِهِ ، عَتَقُوا ؛ لِأَنَّهُ كَمَلَ ^(٧) مِلْكُهُ فِيهِمْ ^(٨) ، وَزَالَ تَعَلُّقُ حَقِّ سَيِّدِهِ عَنْهُمْ ^(٨) ، فَعَتَقُوا / حِينَئِذٍ ، وَلَوْ وَهُمْ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا عَلَيْهِ بَعْدَ زَوَالِ

٢٥٧/١١ و

(١) فِي ب : « فِيهِمْ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣-٣) فِي ب : « مَجَرَّدُ مِلْكِهِ » .

(٤) فِي ب : « مَا » .

(٥) فِي م : « تَعْصِيَّةٌ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَلَئِنْ » .

(٧-٧) فِي الْأَصْلِ : « مِلْكُهُمْ » .

(٨) فِي ب : « عَنْهُ » .

مِلْكٌ سَيِّدُهُ عَنْهُ ، فَيَكُونُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَاهُمْ بَعْدَ عَتَقِهِ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَرُدَّ فِي الرُّقِّ ، صَارُوا عَبِيدًا لِلْسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ مَالِهِ ، فَيَصِيرُونَ لِلْسَّيِّدِ بِعَجْزِهِ ، كَعَبِيدِهِ الْأَجَانِبِ .

فصل : وَكَسْبُهُمُ لِلْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِمَّا لِيَكُهُ . وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، لَا بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ السَّيِّدُ ، لَمْ يَعْتَقُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُمْ ، فَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ الْمُكَاتِبُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَعْتَقُوا ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ بِإِذْنِهِ ، عَتَقُوا ، كَالْوَأَقْتَقِ غَيْرِهِمْ مِنْ عَبِيدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، عَتَقَ ، وَصَارُوا رَقِيقًا لِلْسَّيِّدِ ، كَالْوَأَقْتَقِ ؛ لِأَنَّ كِتَابَتَهُ تَبْطُلُ بِعَتَقِهِ ، كَمَا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِ . وَعَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ ، يَعْتَقُونَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ قَبْلَ فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَعْتَقُوا ، كَالْوَأَقْتَقِ ^(٩) بِالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِأَدَائِهِ ، يُحَقِّقُ هَذَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ ، يَسْتَفِيدُ بِهَا الْمُكَاتِبُ مِلْكَ رَقِيقِهِ وَاتِّكَسَابِهِ ^(١٠) ، وَيَبْقَى حَقُّ السَّيِّدِ فِي مِلْكِ رَقِيقَتِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ^(١١) ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَا يَتَسَلَّطُ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِهَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمُكَاتِبِ ، وَإِنَّمَا يَتَسَلَّطُ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ ، فَيَنْفُذُ فِي مَالِهِ دُونَ مَالِ الْمُكَاتِبِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَثَلَ هَذَا فِيمَا مَضَى . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ ، وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، عَادَ رَقِيقًا . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْعَوْنَ فِي الْكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِهَا ، وَكَذَلِكَ أُمُّ وَلَدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْوَلَدِ خَاصَّةً : إِنْ جَاءَ بِالْكِتَابَةِ حَالَةً ، قُبِلَتْ مِنْهُ ، وَعَتَقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لِلْمُكَاتِبِ ، فَصَارَ بِمَوْتِهِ لِسَيِّدِهِ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ خُلِفَ وَفَاءً ، انْتَبَى عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ / ٢٥٧/١١ ظ

فِي فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضُ ذَوِي رَحِمِهِ ، فَلَهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَلَهُ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِرَاءَهُ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنْ بَذْلِ مَالِهِ ، فَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ عَوَضٍ أَوْلى . وَإِذَا ^(١٢) مَلَكَه ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَاتِبُ امْرَأَتَهُ ، وَالْمُكَاتِبَةُ زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لغير

(٩) فِي ١ ، ب : « أَعْتَق » .

(١٠) فِي ب : « وَاتِّكَسَابِهِ » .

(١١) فِي ب ، م : « أَدَاء » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : م .

المُكَاتَّبِ ، فجازَ للمُكَاتَّبِ ، كَشْرَاءِ الْأَجَانِبِ . وَيَنْفَسِخُ النِّكَاحُ بِذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّسَرُّي ، وَلَا يَعْتَقُ وَالِدُهُ وَوَلَدُهُ إِذَا اشْتَرَاهُ ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْقِنَّ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَّبَ يَمْلِكُ مَا اشْتَرَاهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَثَبُّتَ لَهُ الشُّفْعَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ ، وَيَجْرِي الرِّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ^(١٣) التَّسَرُّي ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِمَا فِي يَدِهِ ، كَمَا مَنَعَ الرَّاهِنُ مِنَ الْوُطْءِ مَعَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ذُوُّهُ^(١٤) رَحِمَهُ لَذَلِكَ ، فَإِذَا^(١٥) اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ ابْنَتَهُ^(١٦) مِنْ مُكَاتَّبِهِ^(١٧) بِرِضَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَكَانَتْ مِنْ وَرَثَتِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرْتَهُ ، وَإِنَّمَا تَمْلِكُ نَصِيبَهَا مِنَ الدِّينِ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَارِثَ لَوْ أَبْرَأَ الْمُكَاتَّبَ مِنَ الدِّينِ عَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْمَيِّتِ ، لَا لِلْوَارِثِ ، فَإِنْ عَجَزَ وَعَادَرَ قِيْقًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ نَصِيبَهَا^(١٨) مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَّبَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ^(١٩) ، لَا يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ ، وَلَئِنْهَا لَا يَجُوزُ لَهَا ابْتِدَاءُ نِكَاحِهِ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِتَجَدُّدِ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْعَبْدِ الْقِنِّ ، وَأَمَّا كَوْنُ / الْوَلَاءِ لِلْمَيِّتِ ، فَلِأَنَّ السَّبَبَ وَجَدَ مِنْهُ ، فَنُسِبَ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ، وَثَبَّتَ الْوَلَاءُ لَهُ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَرْتَهُ كُلَّهُ ، أَوْ تَرِثَ نَصِيبَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ مِنْهُ جُزْءًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِيهِ ، فَبَطَلَ فِي بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ . وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَتْ زَوْجَهَا ، أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، أَوْ وَرِثَتْ^(٢٠) شَيْئًا مِنَ الْعَبْدِ الْقِنِّ ، بَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَتْ لَا تَرِثُ أَبَاهَا ، لِمَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِ

و ٢٥٨/١١

(١٣) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٤) في أ ، ب : « ذو » .

(١٥) في أ : « وإن » . وفي ب : « وإذا » .

(١٦) في م : « ابنه » .

(١٧) في م : « مكاتبه » .

(١٨) في م : « نفسها » .

(١٩) في ب : « للسيد » .

(٢٠) في ب : « وورثت » .

الميراث ، فنكاحها باقٍ بحاله . والحكمُ في سائر الورثة من النساء ، كالحكم في البنات . وكذلك لو تزوج رجلٌ مكاتباً ، فورثها ، أو ورث شيئاً منها ، انفسخ نكاحه لذلك . والله أعلم .

٢٠٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِثَلَاثَةٍ ، فَجَاءَهُمْ بِثَلَاثِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ : بِيَعُونِي نَفْسِي بِهَا . فَأَجَابُوهُ ، فَلَمَّا عَادَ إِلَيْهِمْ لِيَكْتُبُوا لَهُ كِتَابًا ، أُنْكَرَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ أَحَدٌ شَيْئًا ، وَشَهِدَ الرَّجُلَانِ عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشَّرِيكَيْنِ ، إِذَا كَانَا عَدْلَيْنِ . وَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَا مِنَ الْمَالِ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ)

اغترض على الخرقى في هذه المسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده ، مع أنه قد ذكر في باب العتق : إذا قال العبد لرجل : اشتري من سيدي بهذا المال ، وأعتقني . فاشترأه بعين المال ، كان الشراء والعتق باطلاً^(١) ، ويكون السيد قد أخذ ماله^(٢) . وقد أجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجوه ؛ منها ، أن يكون مكاتباً ، وقوله : ببيعوني^(٣) نفسى بهذه . أى أعجل لكم الثلاثمائة ، وتضعون عني ما بقي من كتابتي . ولهذا ذكرها^(٤) في باب المكاتب . الثاني ، أن يكون المال في يد العبد لأجنبي قال له : اشتري نفسك بها . من غير أن يملكه إياها . الثالث ، أن يكون عتقاً بصيغة ، تفديره : إذا قبضنا منك^(٥) هذه الدراهم ، فأنت حر . الرابع ، أن يكون رضى / سادته ببيعه نفسه بما في يده ، ٢٥٨/١١ ط وفعلهم ذلك معه ، إعتاقاً^(٦) منهم له مشروطاً بتأدية^(٧) ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ، ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعثك نفسك بخدمتي سنة . فإن منافعه

(١) في م : « باطلين » .

(٢) تقدم في : صفحة ٤١٠ .

(٣) في م زيادة : « من » .

(٤) في ب ، م : « ذكرها » .

(٥) في الأصل : « منه » .

(٦) في النسخ : « إعتاق » .

(٧) في الأصل : « بتأديته » .

مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهِ ، وَقَدْ صَحَّ هَذَا فِيهَا ، فَكَذَا^(٨) هُنَا . وَهَذَا الْوَجْهُ أَظْهَرُهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ ، وَمَتَى أُمِكنَ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى ظَاهِرِهِ ، لَمْ يَجُزْ تَأْوِيلُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . وَإِذَا تَقَرَّرَ^(٩) هَذَا ، فَمَتَى اشْتَرَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَادَتِهِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُخْرِجُهُ مِنْ مِلْكِهِمْ ، وَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ مِلْكٌ آخَرُ ، إِلَّا أَنَّهُ هُنَا لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَاهُ عَتَقًا مَشْرُوطًا بِالْقَبْضِ . وَهَذَا^(١٠) قَالَ الْخِرَقِيُّ : فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشَّرِيكَيْنِ اللَّذَيْنِ شَهِدَا^(١١) بِالْقَبْضِ . وَلَوْ عَتَقَ بِالْبَيْعِ ، لَعَتَقَ بِاعْتِرَافِهِمْ بِهِ ، لَا بِالشَّهَادَةِ بِالْقَبْضِ . وَمَتَى أَنْكَرَ أَحَدُهُمْ أَخَذَ نَصِيْبَهُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ شَرِيكَاهُ ، وَكَانَا عَدْلَيْنِ ، قِيلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَدْلَانِ شَهِدَا لِلْعَبْدِ بِأَدَاءِ مَا يَعْتَقُ بِهِ ، فَقِيلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ ، وَيَرْجَعُ^(١٢) الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ^(١٣) عَلَيْهِمَا فَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَاهُ ؛ لِأَنَّهُمَا اعْتَرَفَا بِأَخْذِ مَا تَمَنَّى مِنَ الْعَبْدِ ، وَالْعَبْدُ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمْ ، فَتَمَنُّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ ، وَلَأنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لَهُمْ ، وَالَّذِي أَخَذَاهُ كَانَ فِي يَدِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَشْتَرِكَ^(١٤) الْجَمِيعُ فِيهِ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوْبَةِ ، وَشَهَادَتُهُمَا فِيمَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ ، وَدَفْعُ مُشَارَكَتِهِ لَهَا فِيهِ نَفْعٌ لَهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا فِيهِ ، وَقِيلَتْ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْعَبْدُ ، دُونَ مَا يَنْتَفِعَانُ بِهِ ، كَالْوَأَقْرِ بِشَيْءٍ غَيْرِهَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ ، فَإِنْ إِقْرَارَاهُمَا يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِمَا ، دُونَ مَا لَهُمَا . وَقِيَاسُ / الْمَذْهَبِ أَنْ لَا تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى شَرِيكَيْهِمَا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانُ بَهَا عَنْ أَنْفُسِهِمَا مَعْرَمًا ، وَمَنْ شَهِدَ^(١٥) بِشَهَادَةٍ يَجُزُّ^(١٥) إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الْكُلِّ ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ ذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ غَيْرَ مُعْتَبَرَةٍ فِيهِ ، وَالتُّهْمَةُ لَا تَمْنَعُ مِنْ صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقِيَاسُ ، يَعْتَقُ نَصِيبُ الشَّاهِدَيْنِ بِإِقْرَارِهِمَا ، وَيَبْقَى نَصِيبُ الْمَشْهُودِ

٢٥٩/١١

(٨) فِي م : « فَكَانَ » .

(٩) فِي ب ، م : « تَعَذَّرَ » .

(١٠) فِي م : « وَهَذَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَرَجَعَ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « يَشْرِكُ » .

(١٥-١٥) فِي م : « شَهَادَةُ جَر » .

عليه مَوْقُوفًا عَلَى الْقَبْضِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِنَصِيْبِهِ ، أَوْ مُشَارَكَةُ صَاحِبِهِ فِيْمَا أَخَذَ . فَإِنْ شَارَكَهُمَا ، أَخَذَ مِنْهُمَا ثُلُثَى مَائَةٍ ، وَرَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِتَمَامِ الْمَائَةِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْمَأْخُذُ مِنْهُ ^(١٦) عَلَى الْآخَرِ بَشْيْءٍ ، لِأَنَّهُ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْعَبْدِ ، فَهُوَ يَقُولُ : ظَلَمْتَنِي ، وَأَخَذَ مِنِّي مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ ، فَهَمَا يَقُولَانِ : ظَلَمْنَا ، وَأَخَذْنَا مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْنَا . وَلَا يَرْجِعُ الْمَظْلُومُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلَيْنِ ، فَكَذَلِكَ ، سَوَاءٌ قُلْنَا : إِنَّ شَهَادَةَ الْعَدْلَيْنِ مَقْبُولَةٌ . أَوْ لَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَدْلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنَّمَا يُؤَاخَذُ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ الثَّالِثُ الْبَيْعَ ، فَنَصِيْبُهُ بَاقٍ عَلَى الرَّقِّ ، إِذَا حَلَفَ ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ ، وَيَكُونَا ^(١٧) عَدْلَيْنِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجْرَأَنِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ نَفْعًا .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَكَاتِبَاهُ بِمَائَةٍ ، فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَيْهِمَا ، وَصَدَّقَاهُ ، عَتَقَ . فَإِنْ أَنْكَرَ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا مَعَ أَيَّمَا إِلَيْهِمَا . وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْمُقَرِّ ، وَأَمَّا الْمُنْكَرُ ، فَعَلَى قَوْلِ الْخُرَقِيِّ ، تُقْبَلُ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ ، إِذَا كَانَ عَدْلًا ، فَيَحْلِفُ الْعَبْدُ مَعَ شَهَادَتِهِ ، وَيَصِيرُ حُرًّا ، وَيَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الشَّاهِدِ ، فَيُشَارِكُهُ فِيْمَا أَخَذَهُ . وَأَمَّا الْقِيَاسُ ، فَيَقْتَضِي أَنْ لَا تُسْمَعَ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِشَهَادَتِهِ عَنْ نَفْسِهِ / مَغْرَمًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ سَيِّدِهِ ^(١٨) مَعَ يَمِينِهِ ، ^{ط ٢٥٩/١١} فَإِذَا حَلَفَ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ شَرِيكِهِ بِنَصْفِ مَا اعْتَرَفَ بِهِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ؛ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَالْمُنْكَرُ يُنْكِرُ قَبْضَ شَرِيكِهِ ، فَكَيْفَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا يُنْكِرُ قَبْضَ نَفْسِهِ ، وَشَرِيكُهُ مُقَرَّرٌ بِالْقَبْضِ ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ قَبَضَ ، فَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَإِذَا أَقَرَّ بِمُتَصَوَّرٍ ، لَزِمَهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، وَمِنْ حُكْمِهِ جَوَازُ رُجُوعِ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَاتَيْنِي ، فَوَقَّى أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَرْجِعِ الْآخَرُ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَلِمَ رَجَعَ ^(١٩) هَهُنَا ؟ قُلْنَا : إِنْ كَانَ الدَّيْنُ ثَابِتًا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، فَمَا قَبِضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ ، رَجَعَ ^(٢٠) الْآخَرُ عَلَيْهِ بِهِ ، كَمَا سَأَلْتِنَا ، وَعَلَى أَنَّ هَذَا يُفَارِقُ الدَّيْنَ ، لِكَوْنِ الدَّيْنِ

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب زِيَادَةٌ : « مِنْهُمْ » .

(١٧) فِي أ ، ب ، م : « وَيَكُونَانِ » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « السَّيِّد » .

(١٩) فِي م : « يَرْجِعُ » .

(٢٠) فِي م : « وَرَجَعَ » .

لا يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِ الْغَرِيمِ ، إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ فَحَسْبُ ، وَالسَّيِّدُ يَتَعَلَّقُ حَقَّهُ بِمَا فِي يَدِ الْمُكَاتِبِ ، فَلَا يَدْفَعُ شَيْئًا مِنْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، إِلَّا كَانَ حَقُّ الْآخَرِ ثَابِتًا فِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِخُمْسِينَ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُ الشَّرِيكِ فِيهِ عَلَى مَا أَخَذَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْعَبْدُ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَبِضَ حَقَّهُ . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِخُمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَعَلَى الْعَبْدِ بِخُمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ ؛ لَمَّا ذَكَّرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ عَنْ أَدَاءِ مَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ تَعْجِيزُهُ وَاسْتِرْقَاقُهُ ، وَيَكُونُ نِصْفُهُ حُرًّا ، وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، وَيَرْجِعُ^(٢١) عَلَى الشَّرِيكِ بِنِصْفِ مَا أَخَذَهُ ، وَلَا تَسْرَى الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ وَالْعَبْدَ يَعْتَقِدَانِ أَنَّ^(٢٢) الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ فِي جَمِيعِهِ ، وَأَنَّ هَذَا الْمُنْكَرَ غَاصِبٌ لِهَذَا النَّصْفِ الَّذِي اسْتَرْقَقَهُ ، ظَالِمٌ بِاسْتِرْقَاقِهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَدْعِي رِقَّ الْعَبْدِ جَمِيعَهُ ، وَلَا يَعْتَرِفُ بِحُرِّيَّةِ شَيْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّنِي مَا قَبِضْتُ نَصِيبِي مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَشَرِيكِي إِنْ قَبِضَ شَيْئًا فَقَدْ^(٢٣) قَبِضَ شَيْئًا^(٢٤) اسْتَحَقَّ نِصْفَهُ بِغَيْرِ إِذْنِي ، فَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ بِهَذَا الْقَبْضِ . وَسِرَايَةُ الْعِتْقِ مُمْتَنِعَةٌ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِيمَا إِذَا عَتَقَ بَعْضُهُ وَبَقِيَ بَعْضُهُ رَقِيقًا ، وَجَمِيعُهُمْ يَتَّفِقُونَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ . وَهَذَا مَنْصُوصُ^(٢٥) الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

و ٢٦٠/١١

فصل : فَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ دَفَعَ الْمَائَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لِيَدْفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ حَقَّهُ ، وَيَأْخُذَ الْبَاقِي ، وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَلَفَ ، وَبَرَأ . وَإِنْ^(٢٦) قَالَ : إِنَّمَا دَفَعْتُ إِلَى حَقِّي ، وَإِلَى شَرِيكِي حَقَّهُ . وَلَا بَيِّنَةٌ لِلْعَبْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا قَدْرَ حَقِّهِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نَزَاعَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِنِصْفِهِ ، وَمُطَالَبَةُ^(٢٧) الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبِضَهُ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ مُطَالَبَةَ

(٢١) فِي م : « وَرَجَعَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣-٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٤) فِي م : « الْمَنْصُوصُ عَنْ » .

(٢٥) فِي م : « وَإِذَا » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « فَيُطَالَبُهُ » .

العبد ، فله القَبْضُ منه بغير يَمِينٍ ، وإن اختار الرجوعَ على شريكه بنصفه ، فللشريك عليه اليمينُ أنه لم يقبضْ من المكاتبِ شيئاً ؛ لأنه لو أقرَّ بذلك ، لسقطَ حقه من الرجوع ، فإذا أنكره ، لزِمته اليمينُ . فإن شهد القابضُ على شريكه بالقبضِ ، لم تُقبلْ شهادته لمعنيين ؛ أحدهما ، أن المكاتبَ لم يدَّعِ عليه شيئاً ، وإنما تُقبلُ البينة إذا شهدت بصدق المدعى . والثاني ، أنه يدفعُ عن نفسه مَعْرَماً ، فإن عجزَ العبدُ ، فلغير القابضِ أن يسترقَ نصفه ، ويقومَ عليه نصيبُ شريكه ؛ لأنَّ العبدَ مُعْتَرَفٌ برقه ، غير مُدَّعٍ لحرية هذا النصيبِ ، بخلافِ التي قبلها . ويَحْتَمِلُ أن لا تقومَ أيضاً ؛ لأنَّ القابضَ يدَّعي حُرِّيَّةَ جميعه ، والمُنْكَرُ يدَّعي ما يُوجِبُ رِقَّ جميعه ، فإنهما يقولان : ما ^(٢٧) قَبْضُهُ قَبْضُهُ ^(٢٧) بغير حقٍّ ، فلا يعتقُ حتى يُسَلَّمَ إلى مثل ما سَلَّمَ إليه . وإن ^(٢٨) كان أحدهما يدَّعي رِقَّ جميعه ، والآخر يدَّعي حُرِّيَّةَ جميعه ، فما / اتَّفَقَا على حُرِّيَّةِ البعضِ دونَ البعضِ .

٢٦٠/١١ ظ

فصل : وإن اعترفَ المدعى [عليه] ^(٢٩) بقَبْضِ المائَةِ ، على الوجهِ الذي ادَّعاهُ المكاتبُ ، وقال : قد دَفَعْتُ إلى شريكي نصفها . فأنكرَ الشريكُ ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وله مُطالبةٌ مَنْ شاءَ منهما بجميعِ حقه ، وللمرجوعِ عليه أن يحلفه . فإن رجعَ على الشريكِ ، فأخذَ منه خمسين ، كان له ذلك ؛ لأنه اعترفَ بقَبْضِ المائَةِ كُلِّها ، ويعتقُ المكاتبُ ؛ لأنه وصلَ إلى كُلِّ واحدٍ منهما قدرُ حقه من الكتابة ، ولا يرجعُ الشريكُ عليه بشيءٍ ؛ لأنه يعترفُ له بأداء ما عليه ، وبرأوته منه ، وإنما يزعمُ أن شريكه ظلمه ، فلا يرجعُ على غير ظالمه . وإن رجعَ على العبدِ ، فله أن يأخذَ منه الخمسين ؛ لأنه يزعمُ أنه ما قبضَ شيئاً من كتابته ، وللعبدِ الرجوعُ على القابضِ بها ، سواء صدَّقه في دفعِها إلى المنكرِ أو كذَّبه ؛ لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مُبرٍ ، فكان مُفَرِّطاً . ويعتقُ العبدُ بأدائها ، فإن عجزَ عن أدائها ، فله أن يأخذَها من القابضِ ، ثم يُسَلِّمها ، فإن تعدَّرَ ذلك ، فله تعجيلُها ، واسترقاقُ نصفه ، ومُشاركةُ القابضِ في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ، ويقومُ على الشريكِ القابضِ إن كان مُوسِراً ، إلا أن يكونَ العبدُ يُصدِّقه في دفعِ الخمسينِ إلى

(٢٧-٢٧) في ب : « قبضته » .

(٢٨) في م : « وإذا » .

(٢٩) تكملة يصح بها المعنى .

شريكه ، فلا يُقَوِّم ؛ لأنه يَعْتَرِفُ أَنَّهُ حُرٌّ ، وَأَنَّ هَذَا ظَلَمَهُ بِاسْتِزْقَاقِ نِصْفِهِ الْحُرِّ . وَإِنْ أَمَكَّنَ الرَّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِالْحَمْسِينَ ، وَدَفَعَهَا إِلَى الْمُنْكَرِ ، فَاِمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْمُنْكَرُ تَعْجِيزَهُ وَاسْتِزْقَاقَ نِصْفِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي تَعْجِيزِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ ذَلِكَ . فَلِلْمُنْكَرِ اسْتِزْقَاقُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَلَيْسَ لِلْمُنْكَرِ اسْتِزْقَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْأَدَاءِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبَضَهُ / ، إِذَا اسْتَرْقَى نِصْفَ الْعَبْدِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهِ بِهَا لَكَانَ (٣٠) قَابِضًا جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَيَعْتَقُ الْمُكَاتَّبُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّرَ قَبْضُهَا فِي نُجُومِهَا ، فَتُفْسَخَ الْكِتَابَةُ ، ثُمَّ يُطَالَبُ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ لَهُ الرَّجُوعُ بِنِصْفِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَتَعَدَّرَ تَسْلِيمُهَا حَتَّى فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٦١/١١ و

٢٠٠٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ : كَاتِبْتُكَ عَلَى الْفَيْنِ . وَقَالَ الْعَبْدُ : عَلَى أَلْفٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ)

قال القاضي : هذا المذهب . نصَّ عليه أحمد ، رضي الله عنه ، في رواية الكَوْسَجِ . وهو قول الثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وإِسْحَاقَ . وقال أبو بكرٍ : اتَّفَقَ أَحْمَدُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، عَلَى أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ، وَيَتَرَادَاَنِ . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي عِوَضِ الْعَقْدِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا ، فَيَتَحَالَفَانِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، كَالْمُتَبَايَعَيْنِ . وحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رِوَايَةً ثَالِثَةً ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُكَاتَّبِ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلْأَلْفِ الرَّائِدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ (١) الْمُنْكَرِ ، وَلِأَنَّهُ مُدَّعَى (٢) عَلَيْهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (٣) . وَلَنَا ، أَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي (٤) الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِيهِ (٥) ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٣٠) في م : « كان » .

(١) في م : « على » .

(٢) في الأصل : « يدعى » .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ عَدَمُ مِلْكٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَا صَارَ إِلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْمُكَاتَبِ وَكَسْبِهِ أَنَّهُ لِسَيِّدِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّحَالُفَ فِي الْبَيْعِ مُفِيدٌ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي التَّحَالُفِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ فَإِنَّ الْحَاصِلَ مِنْهُ يَحْصُلُ بِيَمِينِ السَّيِّدِ وَحْدَهُ ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاصِلَ بِالتَّحَالُفِ فَسُخِّ الْكِتَابَةِ ، وَرُدُّ الْعَبْدِ إِلَى الرِّقِّ ، إِذَا لَمْ يَرْضَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهَذَا يَحْصُلُ مِنْ جَعْلِ الْقَوْلِ قَوْلَ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَلَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ مَعَ عَدَمِ فَائِدَتِهِ ، وَإِنَّمَا / قَدْ مَنَّا قَوْلَ الْمُتَكَبِّرِ فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَالْأَصْلُ هُنَا مَعَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مِلْكُهُ الْعَبْدَ وَكَسْبِهِ ، فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى حَلَفَ السَّيِّدُ ، ثَبَتَتْ الْكِتَابَةُ بِالْفَقِيرِ ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَيْهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ أَوْ بَعْدَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْفَقِيرُ فَيُعْتَقَ ، ثُمَّ يَدَّعَى الْمُكَاتَبُ أَنَّ أَحَدَهُمَا عَنِ الْكِتَابَةِ ، وَالْآخَرُ وَدِيعَةً ، وَيَقُولُ السَّيِّدُ : بَلْ (٦) هُمَا جَمِيعًا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَمَنْ قَالَ بِالتَّحَالُفِ ، قَالَ : إِذَا تَحَالَفَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسُخُّ الْكِتَابَةِ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى يَقُولُ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّحَالُفُ بَعْدَ الْعِتْقِ فِي مِثْلِ الصُّورَةِ (٧) الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، لَمْ تَرْتَفِعِ الْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا بَعْدَ حُصُولِهَا ، وَلَا إِعَادَةُ الرِّقِّ بَعْدَ رَفْعِهِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ السَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ ، وَيُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَدَّى إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، تَقَاصًا بِقَدْرِ أَقْلَهُمَا ، وَأَخَذَ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي أَدَاءِ الشُّجُومِ ، فَقَالَ الْمُكَاتَبُ : أَذَيْتُ ، وَعَقَقْتُ . وَأَتَكَرَّ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَكَبِّرٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكَبِّرِ مَعَ يَمِينِهِ (٨) . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي إِبْرَائِهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ ، وَاسْتَوْفَى مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَذَرِ مِنَ الْبَيْنِهِمَا اسْتَوْفَى ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ غَبِيدِهِ وَأَنْسِيَهُ . فَإِنْ ادَّعَى الْآخَرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَدَّى ، فَعَلِيهِ الْيَمِينَ أَنَّهُ مَا أَدَّى

(٦) سقط من : ب ، م .

(٧) في م : « الصور » .

(٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

إليه^(٩) . فَإِنْ تَكَلَّ ، عَتَقَ الْآخَرَ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ ، أَقْرَعَ الْوَرِثَةَ . فَإِنْ ادَّعَى الْآخَرَ عَلَيْهِمْ أَنَّهُ الْمُودَى ، فعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَدَّى ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْسِ فِعْلِ الْغَيْرِ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَدَّى ، عَتَقَ ، سَوَاءً كَانَ قَبْلَ / الْقُرْعَةِ^(١٠) أَوْ بَعْدَهَا ، فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ^(١١) أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ^(١٢) تَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَيْسَتْ عِتْقًا ، وَإِنَّمَا هِيَ مُعِينَةٌ لِلْعِتْقِ ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا ، فَيُثْبِتُ^(١٣) بِهَا خَطَأُ الْقُرْعَةِ ، فَيَتَبَيَّنُ^(١٤) بَقَاءُ الرِّقِّ فِي الذِّى ظَنَّنَا حُرِّيَّتَهُ ، كَمَا تَبَيَّنَا حُرِّيَّةَ مَنْ ظَنَّنَا رِقَّهُ ، وَلَآنَ مَنْ لَمْ يُؤَدِّ ، لَا يَصِيرُ مُوَدِّيًا بِوُقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ ، فَلَا يُوجَدُ حُكْمُهُ الذِّى^(١٥) هُوَ الْعِتْقُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّ يَعْتِقًا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ^(١٦) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ السَّيِّدُ الْمُودَى مِنْهُمَا ، وَمَتَى ادَّعَى الْآخَرَ أَنَّهُ أَدَّى ، فَهِيَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ السَّيِّدُ أَوْ وَرَثَتُهُ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ السَّيِّدُ ، فَالْيَمِينُ عَلَى الْبَتِّ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَالْيَمِينُ عَلَى نَفْسِ الْعَلِيمِ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْأَدَاءَ إِلَيْهِمْ ، فَتَكُونُ أَيْمَانُهُمْ عَلَى الْبَتِّ أَيْضًا . وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرِثَةِ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُدَّعَى^(١٧) عَلَيْهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِالِدَّعْوَى .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِلْمُكَاتِبِ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ آخَرَ غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : قَدْ أَدَّى إِلَيَّ ، وَعَتَقَ ، فَانْجَرَّ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيَّ . فَأُنْكَرَ ذَلِكَ مَوْلَى أُمِّهِمْ ، وَكَانَ الْمُكَاتِبُ حَيًّا ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا بِهَذَا الْقَوْلِ ؛ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ سَيِّدِهِ بِعِتْقِهِ ، وَيَنْجَرُّ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ،

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١١) في م : « السيد » .

(١٢) في ب ، م : « فثبت » .

(١٣) في ب ، م : « فتيين » .

(١٤) في أ : « للذى » . وفي ب : « بالذى » .

(١٥) تقدم في : ١٠ / ٥٢٥ .

(١٦) في ب ، م : « يدعى » .

فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَوْلَى أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرُّقُّ ، وَبَقَاءُ وَلَا يَتَمُّ لَهُ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَنْقَى وَلَاؤُهُمْ لَهُ .

٢٠٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَعْتَقَ الْأَمَّةَ ، أَوْ كَاتِبَهَا ، وَشَرَطَ مَا فِي بَطْنِهَا ، أَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا ، فَلَهُ شَرْطُهُ ^(١))

رَوَى نَحْوُ هَذَا الْقَوْلِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَهُ مَا اسْتَنْتَى . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِذَا اسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَهُ ثَنِيَّاهُ ^(٢) . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْجَنِينِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الثَّنِيَّاءِ إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ ^(٣) . وَلَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ^(٤) اسْتِثْنَاؤُهُ فِي الْبَيْعِ ، فَلَا يَصِحُّ ^(٥) فِي الْعِتْقِ ، كَبَعْضِ أَعْضَائِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْلَمْ لهما مَخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ فِي الْعِتْقِ ، وَلَا أَذْهَبُ إِلَيْهِ فِي الْبَيْعِ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُ / ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ جَارِيَةً ، وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ^(٦) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، ٢٦٢/١١ ظ
قال : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(٧) . وَهَذَا قَدْ شَرَطَ مَا فِي بَطْنِ مُعْتَقِهِ ، فَكَانَ لَهُ بِمُقْتَضَى الْخَبَرِ . وَلَأَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ ^(٨) بِالْعِتْقِ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ ^(٩) كَالْمُنْفَصِلِ ^(١٠) . وَأَمَّا خَبَرُهُمْ ، فنَقُولُ بِهِ ، وَالْحَمْلُ مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ^(١١) اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٢) بِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ ، وَيُفَارِقُ

(١٧) سقط من : الأصل .

(١) في ب ، م : « الشرط » .

(٢) في م : « استثنائه » .

(٣) تقدم تخريجه ، في ١٣١/٦ ، ١٣٢ .

(٤-٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) تقدم في ١٧٥/٦ .

وانظر ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يعتق أمته ويستثنى ما في بطنها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٥٤/٦ .

(٦) تقدم تخريجه ، في ٣٠/٦ .

(٧) في ب ، م : « إقراره » .

(٨-٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في م : « فيصح » .

الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١١) عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعِلْمُ بِصِفَاتِ الْعَوْضِ ؛ لِيُعْلَمَ هَلْ هُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُعَوَّضِ ^(١٢) أَمْ لَا ؟ وَالْعِتْقُ تَبَرُّعٌ لَا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِ الْمُعْتَقِ . وَلَا تُنَافِيهِ الْجَهَالَةُ بِهَا ، وَيَكْفِي الْعِلْمُ بِوُجُودِهِ ، وَقَدْ عُلِمَ ذَلِكَ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَصِحَّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، ^(١٣) وَلَئِنْ اسْتِثْنَاهُ فِي الْبَيْعِ ^(١٤) إِذَا بَطَلَ ، بَطَلَ ^(١٥) الْبَيْعُ كُلُّهُ ، وَهَهُنَا إِذَا بَطَلَ اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٦) ، لَمْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ فِي الْأُمَةِ ، وَيَسْرَى الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ إِلْحَاقُهُ ^(١٧) مَعَ تَضَادِّ الْحُكْمِ فِيهِمَا ؟ وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى بَعْضِ أَعْضَائِهَا ؛ لِأَنَّ الْعُضْوَ لَا يُتَصَوَّرُ إِفْرَادَهُ ^(١٨) بِالرَّقِّ أَوْ الْحُرِّيَّةِ ^(١٩) دُونَ الْجُمْلَةِ ^(٢٠) ، وَلِذَلِكَ ^(٢١) لَوْ أُعْتِقَ عُضْوٌ مِنْ أُمَّتِهِ ، صَارَتْ كُلُّهَا حُرَّةً ، فَإِذَا أُعْتِقَ ^(٢٢) بَعْضُهَا ، سَرَى إِلَى الْمُسْتَسْتَنِى ، وَالْوَلَدُ حَيَوَانٌ مُنْفَرِدٌ ، لَوْ أُعْتِقَهُ لَمْ تَسْرِ الْحُرِّيَّةُ إِلَى أُمِّهِ ، وَيَصِحُّ انْفِرَادُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ أُمِّهِ ، فِيمَا إِذَا أُعْتِقَهُ دُونُهَا ، وَفِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ بِحُرِّيَّةِ أُمِّهِ ، وَفِيمَا إِذَا وَطِئَ بِشَبَّهَةٍ ، وَفِي وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَا ^(٢٣) يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَعْضَاءِ ، وَلَئِنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ وَيُورِثُ ، وَيُوصَى بِهِ وَلَهُ ، وَإِذَا قُتِلَ كَانَ بَدْلُهُ مَوْرُوثًا ، وَلَا تَخْتَصُّ بِهِ أُمُّهُ ، وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِقَتْلِهِ ، وَالذِّيَّةُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أَعْضَائِهَا ؟ فَأَمَّا إِنْ أُعْتِقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونُهَا ، فَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِيهِ . قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ : سُئِلَ سُفْيَانُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : مَا فِي بَطْنِكَ حُرٌّ . قَالَ : هُوَ حُرٌّ ، وَالْأُمُّ مَمْلُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا مِنْهَا ، وَلَيْسَتْ هِيَ مِنْ وَلَدِهَا . قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : جَيِّدٌ .

(١١) فِي م : « فَإِنَّهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « الْعَرْضِ » . وَفِي ب ، م : « الْعَوْضِ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِثْنَاؤُهُ » .

(١٦) فِي م : « لِإِعْتَاقِهِ » . وَفِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بِهِ » .

(١٧) فِي أ ، ب ، م : « انْفِرَادِهِ » .

(١٨) فِي م : « وَالْحُرِّيَّةِ » .

(١٩) فِي م : « الْحَمْلِ » .

(٢٠) فِي أ ، ب ، م : « وَكَذَلِكَ » .

(٢١) فِي ب ، م : « عِتْقٌ » .

(٢٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

وقال مُهَنَّأ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، فَقَالَتْ : قَدْ حَبَلْتُ .
فَقَالَ لَهَا مَوْلَاهَا : مَا فِي بَطْنِكَ حُرٌّ . وَلَمْ تَكُنْ حَامِلًا . قَالَ : لَا تَعْتَقِي . فَأَعْدْتُ ^(٢٣) عَلَيْهِ
الْقَوْلَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَقَالَ / : لَا يَكُونُ شَيْءٌ ، إِلَّا مَا أَرَادَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ . قَالَ
الْمُرُودِيُّ : وَسُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ ، وَاسْتَتْنَى ^(٢٤) خِدْمَتَهُ شَهْرًا ،
فَقَالَ : جَائِزٌ .

٢٠٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَجَّلَ الْمُكَاتِبُ لِسَيِّدِهِ ^(١) بَعْضَ
كِتَابَتِهِ) ، وَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ)

وجملته أنه إذا كاتبه على ألف في نَجْمَيْنِ إلى سَنَةٍ ، ثم قال : عَجَّلْ لِي خَمْسِمِائَةٍ مِنْهُ ،
حتى أضاع عنك الباقي ، أو حتى أُبْرئتُكَ مِنَ الْبَاقِي . أو قال : صَالِحِي مِنْهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ
مُعَجَّلَةٍ . جاز ذلك . وبه يقول طاووس ، والزُّهْرِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، وأبو حنيفة . وكرهه
الحسن ، وابن سيرين ، والشَّعْبِيُّ . وقال الشافعي : لا يجوز ؛ لأنَّ هذا يَبْعُ ألف
بخمسمائة ، وهو رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ ، وهو أن يزيد في الدَّيْنِ لأجل الأجل ، وهذا أيضًا هَبَّةٌ ، ولأنَّ
هذا لا يجوز بين الأجنب ، والرِّبَا يجري بين المُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، فلم يَجُزْ هذا بينهما ،
كالأجنب . ولنا ، أن مال الكتابة غير مُسْتَقَرٍّ ، ولا هو دَيْنٌ صحيح ، بدليل أنه لا يُجْبَرُ
على أدائه ، وله أن يَمْتَنِعَ من أدائه ، ولا تصحُّ الكفالة به ، وما يؤدِّيه إلى سيِّده كَسْبُ عَبْدِهِ ،
وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلةً إلى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مُبَالَعَةً في تحصيل
العتق ، وتخفيفاً عن المكاتب ، فإذا أمكنه التَّعَجُّيلُ على وَجْهِه يُسْقَطُ ^(٢) عنه بعض ^(٣) ما
عليه ، كان أبلغ في حصول العتق ، وأخفَّ على العبد ، ويحصل من السيِّد إسقاطُ

(٢٣) في م : « فأعادت » .

(٢٤) في ب ، م زيادة : « منه » .

(١-١) سقط من : أ ، ب .

(٢) في ب : « سقط » .

(٣) سقط من : ب .

بعض^(٤) ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ،
 ويُفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويُفارق الأجانب من حيث إن هذا عبده ، فهو أشبه بعبده
 القن . وأما^(٥) قولهم : إن الربا يجري بينهما . فتمنعه على ما ذكر ابن أبي موسى ، وإن
 سلمنا^(٦) ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ؛ فإنه إسقاط
 لبعض الدين ، وربي الجاهلية زيادة في الدين ، وربي الجاهلية يُفضي إلى نفاذ مال المدين^(٧) ،
 وتحمُّله من الدين ما يعجز عن وفائه ، فيُحس من أجله ، ويُوسر به ، وهذا يُفضي إلى
 تعجيل / عتق المكاتب ، وخلاصه من الرق ، والتخفيف عنه ، فافترقا .

ظ ٢٦٣/١١

فصل : فإن اتَّفقا على الزيادة في الأجل والدين ، مثل أن يكتبه على ألف ، في تجمين ،
 إلى سنة ، يُودى في نصفها خمسمائة ، وفي آخرها الباقي ، فيجعلها إلى سنتين بألف
 ومائتين ، في كل سنة ستماية ، أو مثل أن يحل عليه نجم ، فيقول : أخرني به إلى كذا ،
 وأزيدك كذا . فيحتمل أنه لا يجوز ؛ لأن الدين المؤجل إلى وقت ، لا يتأخر أجله عن وقته
 باتفاقهما عليه ، ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته ، لم تصح الزيادة التي في
 مقابلته ، ولأن هذا يُشبه ربا الجاهلية المحرم ، وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل ،
 ويُفارق المسألة^(٨) الأولى من هذين^(٩) الوجهين . فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر ،
 كذلك لا يتعجل ، ولا يصير الدين المؤجل حالا ، فلم جاز في المسألة الأولى ؟ قلنا :
 إنما جاز في المسألة الأولى بالتعجيل فعلا ، فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله ،
 جاز ، وجاز^(٤) للسيد إسقاط باقي حقه عليه ، وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه
 العقد ، فهو ضيد المسألة الأولى ، وهو ممتنع^(٩) من وجه آخر ؛ لأن في ضمن الكتابة ،

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقطت « أما » من : م .

(٦) في م : « سلمناه » .

(٧) في الأصل : « المسلمة » .

(٨) في م زيادة : « إلى » .

(٩) في م : « منع » .

إِنَّكَ مَتَى أَذَيْتَ إِلَيَّ كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فإذا أَدَّى إِلَيْهِ ذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقَ ، فَإِنْ قِيلَ :
فَإِذَا غُيِّرَ الْأَجَلُ وَالْعَوَضُ ، فَكَأَنَّهُمَا فَسَخَا الْكِتَابَةَ الْأُولَى ، وَجَعَلَاهَا كِتَابَةً ثَانِيَةً . قُلْنَا : لَمْ
يَجْرِ بَيْنَهُمَا فَسْخٌ ، وَإِنَّمَا قَصْدَا تَغْيِيرِ الْعَوَضِ وَالْأَجَلِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَصِحُّ ، فَبُطِلَ ^(١٠)
التَّغْيِيرُ وَبَقِيَ ^(١١) الْعَقْدُ بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . فعلى هذا ،
لو اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، كَانَ ^(١٢) لَهُ الرُّجُوعُ . وكذلك في المسألة الأولى ، لو
قال : أَعْجَلُ لَكَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَتُسْقِطُ عَنِّي مِنْهُ كَذَا ؟ فقال : نعم . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ
التَّعْجِيلِ ، فَله الرُّجُوعُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الدَّيْنَ الْمُوجَلَّ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْ أَجَلِهِ وَلَا يَتَقَدَّمُ ،
وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُؤَدِّيَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَلَمَنْ لَهُ الدَّيْنُ تَرَكَ قَبْضَهُ فِي مَحَلِّهِ ، وَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِهِ ، فإذا
وَعَدَ بِهِ ثُمَّ رَجَعَ قَبْلَ الْفِعْلِ ، فَله ذلك .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ عَمَّا / فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ جِنْسِهِ ، مثلُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَنْ ٢٦٤/١١
النُّقُودِ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ ، جَازَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى شَيْءٍ مُوجَلٍّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ يَبِيعُ
دَيْنَ بَدَلٍ . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنِ الدَّرَاهِمِ بِدَنَانِيرَ ، أَوْ عَنِ ^(١٣) الْحِنْطَةِ بِشَعِيرٍ ، لَمْ يَجْزِ
التَّفَرُّقُ ^(١٤) قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُشْتَرِطُ لَهُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ . وقال
القاضي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَذِهِ الْمُصَالِحَةُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ مِنْ شَرْطِهِ التَّاجِيلُ ،
فَلَمْ تَجْزِ الْمُصَالِحَةُ عَلَيْهِ بغيرِهِ ، وَلِأَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَهُوَ كَدَيْنِ السَّلَمِ . وقال ابنُ أَبِي
مُوسَى : لَا يَجْزِي الرِّبَا بَيْنَ الْمُكَاتَبِ وَسَيِّدِهِ . فعلى قَوْلِهِ ، تَجُوزُ الْمُصَالِحَةُ كَيْفَمَا
كَانَتْ ، كَمَا يَجُوزُ ذَلِكَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْقَنِّ وَسَيِّدِهِ . وَالْأُولَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَيُفَارِقُ دَيْنَ الْكِتَابَةِ دَيْنَ
السَّلَمِ ؛ فَإِنَّهُ يُفَارِقُ سَائِرَ الدُّيُونِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَمُفَارَقَتُهُ لِدَيْنِ السَّلَمِ أَعْظَمُ .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) في ا ، ب ، م : « فيبطل » .

(١١) في م : « يبقى » .

(١٢) في ب ، م ، « فإن » .

(١٣) في ب : « وعن » .

(١٤) في ب ، م : « التصرف » .

٢٠٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ^(١) ، فَكَاتَبَ أَحَدُهُمَا ، فَلَمْ يُوَدَّ كُلَّ كِتَابَتِهِ حَتَّى أَعْتَقَ الْآخَرَ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ ^(٢) حُرًّا ، وَيَرْجِعُ الشَّرِيكُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ)

قد ذكرنا فيما تقدم ، أنَّ العبدَ المُشترَكَ يجوزُ لأحدِ الشريكين كتابةً ^(٣) نصيبه منه ^(٤) ، بغيرِ إذنِ شريكه ، ويبقى سائرُه غيرَ مكاتبٍ ، فإذا فعلَ هذا ، فأعتقَ ^(٥) الذى لم يُكاتبه حصته منه ، وهو مُوسِرٌ ، عتقَ ، وسرى العتقُ إلى باقيه ، فصارَ كُلُّهُ حُرًّا ، ويضمنُ لشريكه قيمةَ حقه ^(٦) منه ، ويكونُ الرجوعُ ^(٧) بقيمته مكاتبًا ، يبقى على ما بقى من كتابته ؛ لأنَّ الرجوعَ عليه بقيمة ما أُلِفَ ، وإنَّما أُلِفَ مكاتبًا . وإن كان المُعتقُ مُعسِرًا ، لم يسرِ العتقُ . على ما مضى فى بابِ العتقِ ^(٨) . وقال أبو بكرٍ ، والقاضى : لا يسرى العتقُ فى الحال ، لكن يُنظرُ ؛ فإن أدَّى كتابته ، عتقَ باقيه بالكتابة ، وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه ، سرى العتقُ ، وقومٌ عليه حينئذٍ ؛ لأنَّ سريّة العتقِ فى الحالِ مُفضيةٌ / إلى إبطالِ الولاء الذى انعقدَ سببه ، ونقله عن المُكاتبِ إلى غيره . وقال ابنُ أبى ليلى : عتقَ الشريكُ موقوفٌ حتى يُنظرَ ما يصنعُ فى الكتابة ، فإن أداها ، عتقَ ، وكان المُكاتبُ ضامنًا لقيمة نصيبِ شريكه ، وولاؤه كله للمكاتبِ . وإن عجزَ ، سرى عتقُ الشريكِ ، وضمنَ نصفَ القيمةِ للمكاتبِ ، وكان ولاؤه كُلُّهُ له . وأما ^(٩) الشافعى فلا يجوزُ كتابةَ أحدِ الشريكين ، إلا أن يأذنَ فيه شريكه ، فيكونَ فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذنِ شريكه ، ثم أعتقَ الذى لم يُكاتب ، فهل يسرى فى الحالِ ، أو يقفُ على العجزِ ؟ فيه قولان . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَالَهُ فِى عَيْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ ،

ظ ٢٦٤/١١

(١) فى ١ ، م : « اثنين » .

(٢) فى م زيادة : « كله » .

(٣) فى الأصل : « كتابته » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى م : « عتق » .

(٦) فى م : « حصته » .

(٧) فى م : « المرجوع » .

(٨) انظر ما تقدم فى : صفحة ٣٥١ ، ٣٥٨ .

(٩) فى م زيادة : « مذهب » .

قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ^(١٠) ». وهذا دَاخِلٌ فِي عُمُومِهِ ، وَلِأَنَّهُ عَتَقَ لَجُزٍّ مِنَ الْعَبْدِ مُوسِرٌ ،
غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ قِتْنَا ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى السَّرَايَةِ مُتَحَقِّقٌ ،
وَالْمَانِعُ مِنْهَا لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ مَانِعًا ؛ فَإِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ أَنْ
يَثْبُتَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِبْطَالِ الْوَلَاءِ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِتْقُ يُؤْتَرُ فِي إِبْطَالِ الْمَلِكِ
الْقَائِمِ الْمُسْتَقَرِّ ، الَّذِي الْوَلَاءُ مِنْ بَعْضِ آثَارِهِ ، فَلَا أَنْ يُؤْتَرُ فِي نَقْلِ الْوَلَاءِ بِمُفْرَدِهِ أَوَّلَى ،
وَلَأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةِ قَوْمٍ ، نَقَلَ وَلَاءَهُمْ إِلَيْهِ ، فَإِذَا نَقَلَ وَلَاءَهُمْ الْقَائِمُ
بِاعْتِقِائِهِمْ ، فَلَا أَنْ يُنْقَلَ وَلَاءُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ بَعْدَ بِاعْتِقَائِهِمْ عَلَيْهِ الْوَلَاءَ أَوَّلَى ، وَلَأَنَّهُ نَقَلَ الْوَلَاءَ
ثُمَّ عَمَّنْ لَمْ يَغْرَمْ لَهُ عَوَضًا ، فَلَا أَنْ يُنْقَلَهُ بِالْعَوَضِ أَوَّلَى ، فَإِنْتِقَالَ الْوَلَاءِ فِي مَوْضِعِ جَرٍّ^(١١)
الْوَلَاءِ ، يُنْبَهُ عَلَى سِرَايَةِ الْعِتْقِ . وَانْتَقَلَ^(١٢) الْوَلَاءُ إِلَى الْمُعْتَقِ ؛ لَكَوْنِهِ أَوَّلَى مِنْهُ مِنْ ثَلَاثَةِ
أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْوَلَاءَ ثَمَّ ثَابِتٌ ، وَهَهُنَا بَعَرَضُ الثُّبُوتِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ النَّقْلَ حَصَلَ ثُمَّ
بِاعْتِقَائِهِ غَيْرِهِ ، وَهَهُنَا بِاعْتِقَائِهِ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّهُ انْتَقَلَ ثُمَّ بَغَيْرِ عَوَضٍ ، وَهَهُنَا بِعَوَضٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرْ عِتْقُهُ ، وَكَانَ نَصِيبُهُ حُرًّا ، وَبَاقِيهِ عَلَى
الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ الْجُزْءُ الْمُكَاتَّبُ
رَقِيقًا قِتْنَا ، إِلَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ . فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى عِنْدَ عَجْزِهِ فِي قِيمَةِ
بَاقِيهِ ، وَلَا يُسْتَسْعَى فِي حَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ سِعَايَةٌ فِيمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، فَاسْتُعْنِيَ بِهِمَا عَنْ
السَّعَايَةِ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، فَإِذَا عَجَزَ ، وَفُسِّحَتِ الْكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ ، وَرَجَعَ إِلَى
السَّعَايَةِ فِي الْقِيمَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَكَاتَبَاهُ عَلَى
أَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَأَدَّى إِلَيْهِمَا تِسْعِمَائَةَ ؛ لِهَذَا أَرْبَعُمَائَةِ دِرْهَمٍ^(١٣) وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا^(١٤) . وَهَذَا
أَرْبَعُمَائَةِ دِرْهَمٍ^(١٣) وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا^(١٤) ثُمَّ إِنَّ أَحَدَهُمَا ، أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ؟ قَالَ : إِنْ كَانَ

(١٠) فِي ب ، م : « عدل » . وَتَقْدِمُ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي : ٣٦٢/٧ .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « أجز » .

(١٢) فِي ١ : « وانتقال » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

للمُعْتِق مَالٌ^(١٤) ، أَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، لَا يُحَاسِبُهُ^(١٥) بِمَا أَخَذَ^(١٦) ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، وَلَئِنَّهُ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَعْجَزَ^(١٧) ، فَيُعَوَّدُ إِلَى الرَّقِّ ، أَوْ يَمُوتَ ، فَيَكُونُ عِنْدَهُ مَالٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَنَقَلَ عَنْهُ حَنْبَلٌ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ إِلَّا نِصْفَ الْمَائَةِ عَلَى هَذَا ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ عَلَى قَدْرِ مَا أَعْتَقَ . فَالرَّوَايَةُ الْأُولَى تُوَافِقُ قَوْلَ الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى الْمُعْتِقِ غَرَامَةَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، عَلَى الصَّفَةِ الَّتِي عَتَقَ عَلَيْهَا ، وَهُوَ كَوْنُهُ مُكَاتَّبًا^(١٨) ، قَدْ أَدَّى كِتَابَتَهُ إِلَّا مَائَةً مِنْهَا ، وَهِيَ عَشْرُهَا . وَأَمَّا رَوَايَةُ حَنْبَلٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ عَلَى مَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، فِي أَنَّهُ لَا يَسْرَى الْعِتْقُ إِلَى الْجُزْءِ الْمُكَاتَّبِ لغيرِهِ . وَقَدْ نَصَرْنَا الرَّوَايَةَ الْأُولَى بِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ ، وَرُدَّ فِي الرَّقِّ ، وَكَانَ قَدْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ)

وجملته أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا عَجَزَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، وَرُدَّ فِي الرَّقِّ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، سَوَاءً كَانَ مِنْ كَسْبِهِ ، أَوْ مِنْ صَدَقَةٍ تَطَوُّعًا ، أَوْ وَصِيَّةً . وَمَا كَانَ مِنْ صَدَقَةٍ مَفْرُوضَةٍ^(١٩) ففیه روایتان ؛ إحداهما ، هُوَ لِسَيِّدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ عَطَاءٌ : يَجْعَلُهُ فِي السَّبِيلِ أَحَبُّ إِلَيَّ ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ / فَلَا بَأْسَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ ، فَيُجْعَلُ فِي الْمُكَاتَّبِينَ . ٢٦٥/١١ نَقَلَهَا حَنْبَلٌ . وَهُوَ قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى أَرْبَابِهِ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دُفِعَ إِلَيْهِ لِيُصْرَفَ فِي الْعِتْقِ ، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ فِيهِ ، وَجَبَ رَدُّهُ ، كَالْغَازِي وَالْغَارِمِ وَابْنِ السَّبِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّ ابْنَ عَمَرَ رَدَّ مُكَاتَّبًا فِي الرَّقِّ ، فَأَمْسَكَ مَا أَخَذَهُ^(٢٠) مِنْهُ^(٢١) . وَلَئِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يُرَدِّ مَا أَخَذَهُ ، كَالْفَقِيرِ وَالْمُسْكِينِ ،

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(١٥-١٥) فِي م : « بِهَا أَحَدٌ » .

(١٦) فِي ب ، م : « يَعْجِزُهُ » .

(١٧) فِي ب : « كَاتِبًا » .

(١٨) فِي أ ، م : زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

(١٩) فِي ب : « أَخَذَ » .

(٢٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمُكَاتَّبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/٣٤١ .

وَأَمَّا الْغَازِي ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ، بِقَدَرٍ مَا يَكْفِيهِ لَعَزْوِهِ ، وَأَمَّا الْغَارِمُ ، فَإِنْ غَرِمَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ، فَهُوَ كَالْغَازِي ، يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا^(٤) ، وَإِنْ غَرِمَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَتِنَا ، لَا يَرُدُّهُ .

فصل : وَأَمَّا مَا أَدَّاهُ إِلَى سَيِّدِهِ قَبْلَ عَجْزِهِ ، فَلَا يَجِبُ رَدُّهُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ صَرَفَهُ فِي الْجِهَةِ الَّتِي أَخَذَهُ لَهَا ، وَثَبَّتَ مِلْكُ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا ، فَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ الْمُكَاتَّبُ ، وَفَارِقَ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتَّبِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذَا ، وَالْخِلَافُ فِي ابْتِدَاءِ ثَبُوتِهِ . وَمَاتْلَفٌ فِي يَدِ الْمُكَاتَّبِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِهِ ، سَوَاءً عَجَزَ أَوْ أَدَّى ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفٌ فِي يَدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ مَا فِي يَدِ سَائِرِ أَصْنَافِ الصَّدَقَةِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِهِ عَرْضًا وَعَجَزَ ، وَالْعَرْضُ^(٥) فِي يَدِهِ ، فَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا لَوْ وَجَدَهُ^(٦) بَعِيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ عَوَضُهُ ، وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُعْطِيَ الْغَازِي مِنَ الصَّدَقَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ فَرَسًا وَسِلَاحًا ، ثُمَّ فَضَّلَ ذَلِكَ عَنْ حَاجَتِهِ .

فصل : وَمَوْتُ الْمُكَاتَّبِ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَعَجْزِهِ ، فِيمَا ذَكَّرْنَا ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يَأْخُذُ مَا فِي يَدِهِ قَبْلَ حُصُولِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَدَّى ، وَبَقِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ، فَحُكْمُهُ فِي رَدِّهِ أَوْ أَخْذِهِ لِنَفْسِهِ ، حُكْمُ سَيِّدِهِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ عَجْزِهِ ؛^(٧) لِأَنَّهُ مَالٌ^(٨) لَمْ يُوَدِّهِ^(٩) فِي كِتَابَتِهِ ، بَقِيَ بَعْدَ زَوَالِهَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَدَانَ مَا أَدَّاهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِقَدَرٍ مَا يَقْضَى بِهِ دَيْنُهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي أَدَائِهَا .

٢٠٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَّبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا / ٢٦٦/١١ وَالْآخَرُ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، وَبَطَلَ شِرَاءُ الْآخَرِ)

لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمُكَاتَّبَ يَصِحُّ شِرَاؤُهُ لِلْعَبِيدِ ، وَالْمُكَاتَّبُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا ذَكَّرْنَا .

(٤) فِي ب نِزَادَةَ : « لَا إِلَى » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « وَالْعَوَضُ » .

(٦) فِي ب ، م : « وَجَدَ » .

(٧-٧) فِي م : « لِأَنَّ مَا » .

(٨) فِي ب : « يُوَدِّدُ » .

فإذا اشترى أحد المكاتبتين الآخر ، صحَّ شراؤه ، وملكه ؛ لأنَّ التصرف صدرَ من أهله في محله ، وسواء كانا مكاتبتين لسيِّد واحد ، أو لسيِّدين . فإذا عاد الثاني ، فاشترى الذي اشتراه ، لم يصحَّ ؛ لأنَّ سيِّده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك مالكه ؛ لأنَّه يُفْضَى إلى تناقض الأحكام ، إذ كلُّ واحدٍ منهما يقول لصاحبه : أنا سيِّدك ، ولى عليك مال الكتابة تُؤدِّيه إلَيَّ ، وإن عَجَزْتَ ، فلي فسخُ كتابتك ، وردُّك إلى أن تكون رقيقًا لى . وهذا تناقضٌ ، وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين ؛ لثبوت ملكه عليها في النكاح ، فهنا أولى ، ولأنَّه لو صحَّ هذا ، لتقاصَّ الدينان إذا تساويا ، وعتقًا جميعًا . فإذا ثبت هذا ، فشراء الأول صحيح ، والمبيعُ منهما ^(١) باقٍ على كتابته ، فإن أدَّى عتقَ ، وولَّاه موقوفَ ، فإن أدَّى سيِّده كتابته ، كان له ؛ لأنَّه عتقَ بأدائه إليه ، وإن عَجَزَ ، فولَّاه لسيِّده ؛ لأنَّ العبد لا يثبت له ولَاءٌ ، ولأنَّ السيِّد يأخذ ماله ، فكذلك حُقوقه . هذا مُقتضى ^(٢) قول القاضي ، ومقتضى قول أبى بكرٍ ، أن الولاء لسيِّده ؛ لأنَّ المكاتب عبْدٌ لا يثبت له ^(٣) الولاء ، فيثبت ^(٤) لسيِّده . (ذكر ذلك ^(٥) فيما إذا أعتقَ بإذن سيِّده ^(٦) ، أو كاتب عبْدَه فأدَّى كتابته ، وهذا نظيره . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بينهما ؛ لكون العتق تمَّ بإذن السيِّد ، فيحصل الإِنْعَامُ منه بإذنه فيه ، وههنا لا يفتقر إلى إذنه ، فلا نعمة له عليه ، فلا ^(٧) يكون له عليه ولَاءٌ ، ما لم يُعَجِّزْه سيِّده . والله أعلم .

فصل : فإن لم يُعلِّم السَّابِقُ منهما ، فقال أبو بكرٍ : ينطَلُ البَيْعَانِ ، ويردُّ كلُّ واحدٍ منهما إلى كتابته ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مشكوكٌ في صحَّةِ بيعه ، فيردُّ إلى اليقين . وذكر

(١) في ب ، م : « ههنا » .

(٢) في م : « ومقتضى » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « ثبت » .

(٥-٥) في ب ، م : « وكذلك » .

(٦) في ب : « شريكه » .

(٧) في ب : « ولا » .

القاضي أَنَّهُ يَجْرِي مَجْرَى ^(٨) مَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ فَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا، فَيَقْتَضِي ^(٩) هَذَا أَنَّ يُفْسَخَ الْبَيْعَانِ، كَمَا يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ، لَا حَاجَةَ إِلَى الْفَسْخِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا احْتِيجَ إِلَى فُسْخِهِ مِنْ أَجْلِ الْمَرْأَةِ؛ / فَإِنَّهَا مَنْكُوحَةٌ نِكَاحًا صَحِيحًا، لَوَاحِدٍ ٢٦٦/١١ ظ مِنْهُمَا يَقِينًا، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِفُسْخٍ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَثْبُتْ تَعَيُّنُ الْبَيْعِ فِي وَاحِدٍ بَعِيْنِهِ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى فُسْخٍ.

فصل: وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ، صَفَقَةً وَاحِدَةً، بِعَوْضٍ وَاحِدٍ، مِثْلُ أَنْ يُكَاتِبَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدٍ لَهُ بِالْأَلْفِ، صَحَّ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ؛ عَطَاءٌ، وَسَلِيمَانُ بْنُ مُوسَى، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَمَالِكٌ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَإِسْحَاقُ. وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنِ الشَّافِعِيِّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ: فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ، لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَعَ ثَلَاثَةٍ، كَعَقْدِ ثَلَاثَةٍ، وَعَوْضُ كُلِّ مِنْهُمْ مَجْهُوْلٌ، فَلَمْ يَصِحَّ، كَمَا لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوَاحِدٍ صَفَقَةً وَاحِدَةً، بِعَوْضٍ وَاحِدٍ. وَلَنَا، أَنَّ جَمْلَةَ الْعَوْضِ مَعْلُومَةٌ، وَإِنَّمَا جُهِلَ تَفْصِيلُهُ ^(١٠)، فَلَمْ تَمْنَعْ ^(١١) صِحَّةَ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ بَاعَهُمْ لَوَاحِدٍ. وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَوْضَ يَكُونُ بَيْنَهُمْ عَلَى السَّوَاءِ. فَقَدْ عَلِمَ أَيْضًا تَفْصِيلُ الْعَوْضِ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثٌ، وَكَذَا يَقُولُ فِيمَا لَوْ بَاعَهُمْ لثَلَاثَةٍ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتَبٌ بِحَصَّتِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ حِينَ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْمُعَاوَضَةِ، وَزَوَالِ سُلْطَانِ السَّيِّدِ عَنْهُمْ، فَإِذَا أَدَّاهُ، عَتَقَ. هَذَا ^(١٢) قَوْلُ عَطَاءٍ، وَسَلِيمَانَ بْنِ مُوسَى، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَإِسْحَاقَ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ: يَتَوَجَّهُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَوْلُ آخَرٍ، أَنَّ الْعَوْضَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ، فَيَتَسَاوُونَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ أُضْيِفَ إِلَيْهِمْ إِضَافَةً وَاحِدَةً، فَكَانَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُمْ بِشَيْءٍ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا عَوْضٌ، فَيُقَسَّمُ ^(١٣) عَلَى الْمُعَوَّضِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا، وَكَأَنَّ لَوْ اشْتَرَى عَبِيدًا. فَردُّ واحدًا مِنْهُمْ بَعِيْ، أَوْ أَثْلَفَ

(٨) سقط من: الأصل.

(٩) في الأصل: «يفضي».

(١٠) في م: «تفصيلها».

(١١) سقط من: ب.

(١٢) في ١، ب: «وهذا».

(١٣) في الأصل: «فيقسط».

أحدهم ، وردَّ الآخر . ويُخالف الإقرار ؛ فإنه ليس بعوض . إذا ثبت هذا ، فأيُّهم أدَّى حصَّته ، عتق . وهذا قول الشافعي . وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدِّي جميع الكتابة . وحكى ذلك عن أبي بكر . وهو قول مالك . / وحكى عنه ، أنه إذا امتنع أحدُهم عن الكسب^(١٤) مع القذرة عليه ، أجبره^(١٥) عليه الباقي . واحتجوا بأن الكتابة واحدة ؛ بدليل أنه لا يصحُّ من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصَّته دون الباقي ، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة ، كما لو كان المكاتب واحداً . وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد : إن أدَّيتم عتقتُمْ :^(١٦) فأيُّهم أدَّى حصَّته^(١٧) ، عتق . وإن أدَّى جميعها ، عتقوا كلُّهم ، ولم يرجع على صاحبه بشيء . وإن قال لهم : إن أدَّيتم ، عتقتُمْ^(١٨) . لم يعتق واحد منهم حتى تؤدِّي الكتابة كلُّها ، ويكون بعضهم حميلاً عن بعض ، وبأخذ أيُّهم شاء بالمال ، وأيُّهم أداها عتقوا كلُّهم ، ويرجع^(١٩) على صاحبه بحصَّتهما . ولنا ، أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فببرأ^(٢٠) كل واحد منهم بأداء حصَّته ، كما لو اشتروا عبداً ، وكما لو لم يقل لهم : إن أدَّيتم عتقتُمْ . على قول^(٢١) أبي حنيفة ، فإن قوله ذلك لا يؤثِّر ؛ لأنَّ استحقاق العتق بأداء العوض ، لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق^(٢٢) بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ، ولا نُسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ؛ فإنَّ العقد مع جماعة عقود ، بدليل البيع ، ولا يصحُّ القياس على كتابة الواحد ؛ لأنَّ ما قدره في مقابلة عتقه ، وههنا في مقابلة عتقه ما يخصُّه ، فافترقا . إذا ثبت هذا ، فإنه إن شرط عليهم في العقد ، أن كل واحد منهم ضامن عن الباقي ، فالشرط فاسد ، والعقد صحيح . وقال أبو الخطاب : في الشرط رواية أخرى ، أنه صحيح . وخرجه ابن حامد وجهاً ، بناءً على الروایتين في ضمان الحر^(٢٣) لمال الكتابة . وقال الشافعي ، رضى الله عنه : العقد

(١٤) في ب : « المكسب » .

(١٥) في ا ، ب ، م : « أجبر » .

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) في ا : « بحصته » .

(١٨) في م : « ورجع » .

(١٩) في م : « فاعتبر » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢١) في ب : « عتق » .

(٢٢) سقط من : ب .

والشَّرْطُ فاسِدَان ؛ (٢٣) لَأَنَّ الشَّرْطَ فاسِدٌ (٢٣) ، وَلَا يُمَكِّنُ تَصَحُّيْحُ الْعَقْدِ بَدْوَنَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ هَذَا الشَّرْطَ ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ ، لَمْ يَكُنْ رَاضِيًّا بِالْعَقْدِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ صَحِيحَان ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ ٢٦٧/١١ ط
لَيْسَ بِإِزْمٍ ، وَلَا مَالُهُ إِلَى الْإِزْمِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ الْمَالُ صِفَةً مُجَرَّدَةً فِي الْعِتْقِ ، فَقَالَ : إِنْ أُدِّيَتْ إِلَيَّ أَلْفًا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّ الضَّامِنَ لَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا يَلْزِمُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ لَا يَلْزِمُ الْمُكَاتَبَ ، فَلَا يَلْزِمُ الضَّامِنَ ، وَلِأَنَّ الضَّامِنَ تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ التَّبَرُّعُ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الضَّامِنُ عَنْ حُرِّ ، وَلَا عَمَّنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَكَذَلِكَ مَنْ مَعَهُ . وَأَمَّا الْعَقْدُ فَصَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَفْسُدُ بِفَسَادِ الشَّرْطِ ؛ بِدَلِيلِ خَيْرِ بَرِيرَةَ (٢٥) ، (٢٦) وَسَنَدُكَ ذَلِكَ (٢٦) فِيمَا بَعْدُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا مَاتَ بَعْضُ الْمُكَاتَبِينَ ، سَقَطَ قَدْرُ حِصَّتِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ أُعْتِقَ بَعْضُهُمْ . وَعَنْ مَالِكٍ ، إِنْ أُعْتِقَ السَّيِّدُ أَحَدَهُمْ وَكَانَ مُكْتَسِبًا ، لَمْ يَنْفَذْ عَتَقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا ، نَفَذَ عَتَقَهُ ؛ لَعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ وَاحِدًا (٢٧) مِنْهُمْ حَتَّى يُودَى جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ أَدَّى أَحَدُ الْمُكَاتَبِينَ عَنْ صَاحِبِهِ ، أَوْ عَنْ مُكَاتَبٍ آخَرَ ، قَبْلَ أَدَائِهِمَا عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ عِلْمِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، صُرِفَ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ . وَإِنْ عِلِمَ السَّيِّدُ بِذَلِكَ ، وَرَضِيَ بِقَبْضِهِ عَنِ الْآخَرِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ لَهُ رَاضِيًّا بِهِ مَعَ الْعِلْمِ ، دَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِيهِ صَرِيحًا (٢٨) . وَإِنْ كَانَ الْأَدَاءُ بَعْدَ أَنْ عَتَقَ ،

(٢٣-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٤) فِي ب ، م : « يَلْزِمُهُ » .

(٢٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢٦-٢٦) فِي ب ، م : « وَسَنَدُكَ » .

(٢٧) فِي النِّسْخِ : « وَاحِدًا » .

(٢٨) فِي م : « تَصْرِيحًا » .

صَحَّ ، سَوَاءَ عَلِمَ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . فَإِذَا أَرَادَ الرَّجُوعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ قَصَدَ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَإِنْ أَدَّاهُ مُحْتَسِبًا بِالرَّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَكَانَ الْأَدَاءُ بِإِذْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ ، فَهُوَ قَرْضٌ ، يَلْزُمُهُ ^(٢٩) أَدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَرَضَهُ ^(٣٠) مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ / عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ عَلَيْهِ بِأَدَائِهِ مَالًا يَلْزُمُهُ ^(٣١) أَدَاؤُهُ بِغيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ^(٣٢) ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ صَدَقَةٌ تَطَوُّعٌ ، وَهَذَا فَارَقَ سَائِرَ الدُّيُونِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، وَطَلَبَ اسْتِيفَاءَهُ ، قَدَّمَ عَلَى أَدَائِهِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ . وَإِنْ ^(٣٣) عَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الدُّيُونِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ ^(٣٤) الْحُرِّ لِمَالِ الْكِتَابَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَوُضٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ^(٣٥) ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ ^(٣٥) . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣٦) لَا يَزِمُ ، وَهَذَا غَيْرُ لَازِمٍ .

فصل : وَإِنْ ^(٣٧) أَدَّاهُ مَا عَلَيْهِمْ ، أَوْ بَعْضَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ : أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِمَّا ^(٣٨) بَقَدَّرَ مَا عَلَيْهِ ، فَلَا فَضْلَ لِأَحَدِنَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ : أَدَيْنَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَلَی الْفَضْلُ عَلَيْكَ ، أَوْ يَكُونُ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ سَيِّدِنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يُؤَدِّي أَكْثَرَ مِنْهُ ، فَرَجَحَتْ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ الْمُؤَدِّي أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِمْ ، وَاخْتَلَفُوا فِي الزِّيَادَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدْعِي التَّسَاوِيَ ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي أَدَائِهِ ، فَكَانَتْ أَيْدِيهِمْ عَلَيْهِ ، فَاسْتَوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ مَالٌ فَاخْتَلَفُوا فِيهِ .

(٢٩) في ب : « لزمه » .

(٣٠) في الأصل ، ب : « اقترضه » .

(٣١) - (٣٢) سقط من : م .

(٣٢) في م : « وإذا » .

(٣٣) في م : « ضمانه » .

(٣٤) في الزيادة : « يضمن » .

(٣٥) في الأصل : « البيع » .

(٣٦) في ب : « ولأنه » .

(٣٧) في م : « وإذا » .

(٣٨) سقط من : ب .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُهُمْ ، فَجِنَايَتُهُ عَلَيْهِ دُونَ صَاحِبِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُؤَدُّونَ كُلُّهُمْ أَرْضَهُ ، فَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٣٩) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٌ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ » ^(٤٠) . وَلَأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ ، وَتَعَاقَدَا ، لَمْ يَحْمِلْ أَحَدُهُمَا ^(٤١) عَنْ الْآخَرِ ^(٤٢) جِنَايَةَ صَاحِبِهِ ، فَكَذَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ ^(٤٣) مَا لَا يَصِحُّ ، لَا يَتَضَمَّنُهُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِفِعْلِ الْآخَرِ ، كَالْقِصَاصِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَّبٌ بِحَصَّتِهِ ، فَهُوَ كَالْمُنْفَرِدِ بِعَقْدِهِ .

٢٠١٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ يُؤَالِيَ مَنْ شَاءَ ، فَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ)

أَمَّا الشَّرْطُ فَبَاطِلٌ . لَا نَعْلَمُ فِي بُطْلَانِهِ / خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ٢٦٨/١١ ظ ، قَالَتْ : كَانَتْ فِي بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ ، أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَاشْتَرَطُوا الْوَلَاءَ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « اشْتَرَيْهَا ، وَأَعْتَقِيهَا ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اشْتَرَيْهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَاثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا بَالُ نَاسٍ ^(٢) يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ! مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ ^(٣) أَوْثَقُ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَصِحُّ نَقْلُهُ ،

(٣٩) سورة الأنعام ١٦٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥١٥ .

(٤١-٤٢) سقط من : أ ، ب ، م .

(٤٣) في : ب : « وَلِأَنَّ » .

(١) حديث بريرة تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) في ب : « أَنَا » .

(٣) في أ ، ب : « وَشُرُوطُهُ » .

بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ولأنه
لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ ، فلم يصحَّ اشتراطه لغير صاحبه ، كالقراية ، ولأنه حكم العتق ،
فلم يصحَّ اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصحُّ اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ، ولا حكم
البيع لغير العاقد^(٤) . وسواء^(٥) شرط^(٦) أن يؤلى من شاء ، أو شرطه لبائعه ، أو لرجل آخر
بعينه . ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط . نص عليه أحمد ، رضي الله عنه . وقال الشافعي ،
رضي الله عنه : يفسد به ، كما لو شرط عوضاً مجهولاً . ويتخرج لنا مثل ذلك ؛ بناءً على
الشروط الفاسدة في البيع . ولنا ، حديث بريرة ؛ فإن أهلها شرطوا لهم الولاء ، فأمر النبي
ﷺ بشرائها مع هذا الشرط ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ويفارق جهالة
العوض ؛ فإنه ركن العقد ، لا يمكن تصحيح العقد بدونه ، وربما أفضت جهالته إلى
التنازع^(٧) والاختلاف ، وهذا شرط^(٨) زائد ، فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله .
فإن قيل : المراد بقول النبي ﷺ : « اشترطى لهم الولاء » . أى عليهم ؛ لأن النبي
ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد ، واللام تستعمل بمعنى « على » ، كقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ
أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾^(٩) . « أى فعلها »^(١٠) . قلنا : هذا لا يصح ؛ لوجود ثلاثة ؛ / أحدها ، أنه
يُخَالِفُ وَضْعَ اللَّفْظِ والاستعمال . والثاني ، أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط ، فكيف
يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ! والثالث ، أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ؛
لأنه مقتضى العتق وحكمه . والرابع ، أن في بعض ألفاظ : « لَا يَمْنَعُكَ »^(١١) هذا
الشرط منها ، ابتاعى ، وأعتقى . وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط ، تعريفاً لأن وجود
هذا الشرط كعدمه ، وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

و ٢٦٩/١١

(٤) في الأصل ، ب ، م : « العاقل » .

(٥) في الأصل زيادة : « إن » .

(٦) في أ ، ب : « اشترط » .

(٧) في الأصل : « النزاع » .

(٨) في م : « الشرط » .

(٩) سورة الإسراء ٧ .

(١٠-١٠) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١١) في م : « يمنعك » .

فصل : وإن شَرَطَ^(١٢) السَّيِّدُ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَنْ يَرِثَهُ دُونَ وَرَثَتِهِ ، أَوْ يَزَاحِمَهُمْ^(١٣) فِي مَوَارِيثِهِمْ ، فَهُوَ شَرَطٌ فَاسِدٌ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَجَازُ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ أَنْ يَشْتَرِطَ شَيْئًا مِنْ مِيرَاثِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، وَكُلَّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، حَدَّثَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سَبْرِينَ ، أَنَّ رَجُلًا كَاتِبٌ مَمْلُوكُهُ ، وَاشْتَرَطَ مِيرَاثَهُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُكَاتَبُ ، حَاصِمٌ^(١٤) وَرَثَتَهُ إِلَى شُرَيْحٍ ،^(١٥) فَقَضَى شُرَيْحٌ^(١٦) بِمِيرَاثِ الْمُكَاتَبِ لَوَرَثَتِهِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : مَا يُغْنِي عَنِّي^(١٧) شَرَطِي مِنْذُ عِشْرِينَ سَنَةً ؟ فَقَالَ شُرَيْحٌ : كِتَابُ اللَّهِ أَنْزَلَهُ عَلَى نَبِيِّهِ قَبْلَ شَرَطِكَ بِخَمْسِينَ سَنَةً^(١٨) . وَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ بِهَذَا الشَّرَطِ ، كَالَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وإن شَرَطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً مَعْلُومَةً بَعْدَ الْعِتْقِ ، جَازٌ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالزُّهْرِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَ مِيرَاثَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ بُصِّلَ مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ ، أَنَّكُمْ تَخْدُمُونَ الْخَلِيفَةَ مِنْ بَعْدِي ثَلَاثَ سَنَوَاتٍ^(١٩) . وَلِأَنَّهُ اشْتَرَطَ خِدْمَةً فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ نَفْعًا مَعْلُومًا ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَ عَوْضًا مَعْلُومًا ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِيهِ .

فصل : وإذا كَاتَبَهُ عَلَى الْفَيْنِ ، فِي رَأْسِ كُلِّ شَهْرِ الْفِّ ، / وَشَرَطَ أَنْ يَعْتَقَ عِنْدَ أَدَاءِ ٢٦٩/١١ ظ
الْأَوَّلِ ، صَحَّ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَيَعْتَقُ عِنْدَ أَدَائِهِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ أَدَاءِ شَيْءٍ ،

(١٢) فِي م : « اشترط » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « مزاحمتهم » .

(١٤) فِي م : « تخاصم » .

(١٥-١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١٧) وَأَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الشَّرْطِ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمُصَنَّفُ ٣٧٨/٨ . وَذَكَرَهُ وَكَيْعٌ ،

فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ٣٥٦/٢ .

(١٨) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الشَّرْطِ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمُصَنَّفُ ٣٨٠/٨ ، ٣٨١ .

صَحَّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَهُ عِنْدَ أَداءِ الْبَعْضِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ دَيْنًا عَلَيْهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ نَفْسَهُ بِهِ ^(١٩) .

٢٠١١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتِبَ ، فَأَشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأُخْرِجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَأَحَبَّ أَخْذَهُ ، أَخْذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُحِبَّ أَخْذَهُ ، فَهُوَ عَلَى ^(١) مِلْكٍ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَلَا وَهْ لِمَنْ يُودَى إِلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْكُفَّارَ إِذَا أَسَرُّوا مُكَاتِبًا ، ثُمَّ اسْتَنْقَذَهُ الْمُسْلِمُونَ ، فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا ؛ فَإِنْ أُخِذَ فِي الْغَنَائِمِ ، فُعْلِمَ بِحَالِهِ ، أَوْ أَدْرَكَهُ سَيِّدُهُ قَبْلَ قَسْمِهِ ، أَخْذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ ، كَمَنْ لَمْ يُؤَسَّرْ ، وَإِنْ لَمْ يَدْرِكْهُ حَتَّى قُسِمَ ، وَصَارَ فِي سَهْمِ بَعْضِ الْغَانِمِينَ ، أَوْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ قَسْمِهِ ، أَوْ مِنَ الْمَشْرُوكِينَ ، وَأُخْرِجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ أَحَقُّ بِهِ بِالْثَمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهُ بِهِ . وَفِيمَا إِذَا كَانَ غَنِيمَةً ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ إِذَا قُسِمَ ، فَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ بِحَالٍ . فَيُخْرِجُ فِي الْمُشْتَرَى ^(٢) مِثْلَ ذَلِكَ . وَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ إِنْ أَخْذَهُ ، فَهُوَ مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِنْ تَرَكَهُ ، فَهُوَ فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ ^(٣) بِالْأَدَاءِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَلَا وَهْ لِمَنْ يُودَى إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ^(٤) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : لَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ مِلْكُ الْكُفَّارِ ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ بِكُلِّ حَالٍ . وَوَافَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِي ^(٥) ، فِي الْمُكَاتِبِ وَالْمُدَبَّرِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمَا عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا ، وَلَا تَقْلُ ^(٥) الْمِلْكِ فِيهِمَا ، فَأَشْبَهَا أُمُّ الْوَلَدِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى أَنَّ مَا أَدْرَكَهُ صَاحِبُهُ مَقْسُومًا ، لَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهُ أَخْذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ مَا اشْتَرَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ

(١٩) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « المستولى » .

(٣) في م : « فيعتق » .

(٤-٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥) في الأصل : « ينقل » .

دارِ الحَرْبِ ، وفي أَنَّ المُكَاتِبَ والمُدَبِّرَ يَجُوزُ بَيْعُهُمَا^(٦) ، بما يُغْنِي عن إِعَادَتِهِ هَهُنَا .

فصل : وهل يَحْتَسِبُ عليه بالمدَّة التي كان فيها مع الكُفَّارِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، لا يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ / اقْتَضَتْ تَمَكُّينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْكَسْبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا لم يَحْصُلْ لَهُ ذَلِكَ ، لم يَحْتَسِبْ عليه ، كَالوَ حَسَةِ سَيِّدِهِ . فعلى هَذَا ، يَنْبَنِي عَلَى مَا^(٧) مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْأَسْرِ ، وَيُلْغَى^(٨) مُدَّةَ الْأَسْرِ ، كَأَنَّهُا لم تُوجَدْ . والثَّانِي ، يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لِأَنَّهَا مِنَ مُدَّةِ الْكِتَابَةِ ، مَضَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِهَا ، كَالوَ مَرَضٍ ، وَلَئِنَّهُ مَدِينٌ مَضَتْ مُدَّةٌ مِنْ أَجْلِ دَيْنِهِ فِي حَبْسِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِهَا ، كَسَائِرِ الْغُرَمَاءِ ، وفَارَقَ مَا إِذَا حَبَسَهُ سَيِّدُهُ ، بِمَا سَنَذَرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فعلى هَذَا ، إِذَا حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ عِنْدَ اسْتِنْقَاذِهِ ، جَارَتْ مُطَالَبَتُهُ بِهِ^(٩) . وَإِنْ حَلَّ مَا يَجُوزُ تَعْجِيزُهُ بِتَرْكِ أَدَائِهِ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ ، وَرُدُّهُ إِلَى الرَّقِّ . وهل لَهُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ فِي وَقْتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَالْمَالُ غَائِبًا ، يَتَعَذَّرُ إِحْضَارُهُ وَأَدَاؤُهُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، لَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ ، وَالْمَالُ هَهُنَا إِمَّا مَعْدُومٌ ، وَإِمَّا غَائِبٌ يَتَعَذَّرُ أَدَاؤُهُ ، وَفِي كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ يَجُوزُ الْفَسْخُ . والثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الْغَيْبَةِ يَخْتِاجُ إِلَى أَنْ يَنْحَثَ ، أَلَهُ مَالٌ أَمْ لَا ؟ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا ؛ فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ ، فَإِنْ أَدَّى ، وَإِلَّا فَقَدْ عَجَزَ نَفْسَهُ . فَإِنْ فَسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ خَلَصَ الْمُكَاتِبُ ، فَادَّعَى أَنَّ لَهُ مَا لَا فِي^(١٠) وَقْتُ الْفَسْخِ ، يَفِي بِمَا عَلَيْهِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، بَطَلَ الْفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْطُلَ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا^(٧) كَانَ مُتَعَذِّرَ الْأَدَاءِ ، كَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَإِنْ حَبَسَهُ سَيِّدُهُ مُدَّةً ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلَا يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ^(١١) ، فِي أَحَدٍ

(٦) تقدم في : ١١٧/١٣ .

(٧) سقط من : م .

(٨) في م : « وتبقى » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في الأصل : « مدته » .

الْوُجُوهِ . والثاني ، يَحْتَسِبُ عليه بِمُدَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، فَيَحْتَسِبُ بِمُدَّةِ الْحَبْسِ مِنَ الْأَجَلِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمُوَجَّلَةِ . فعلى هذا الوجه ، يلزمه أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي الْمُدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ فِيهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ عَلَى سَيِّدِهِ تَمَكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ مُدَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَإِذَا حَبَسَهُ مُدَّةً ، وَجِبَ / عَلَيْهِ تَأْخِيرُهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لَيْسَتْ وَفَى الْوَاجِبَ لَهُ ، وَلِأَنَّ حَبْسَهُ يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَتَقْوِيَتِ مَقْصُودِهَا ، وَرَدَّهُ إِلَى الرَّقِّ ، وَلِأَنَّ عَجْزَهُ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ فِي مَحَلِّهَا بِسَبَبٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ فُسْخَ الْعَقْدِ ، كَالْوَمْنَعِ الْبَائِعِ الْمُشْتَرَى مِنْ أَدَاءِ الثَّمَنِ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ فُسْخَ الْبَيْعِ ؛ لِذَلِكَ ^(١١) ، وَلَوْ مَنَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فُسْخَ الْعَقْدِ ؛ لِذَلِكَ ^(١٢) ، كَذَا هُنَا . الْوَجْهُ الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ سَيِّدَهُ أَرْقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ؛ مِنْ تَحْلِيلَتِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجْرِ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ^(١٣) وَجِدَ سَبَبُهُمَا ، فَكَانَ لِلْمَكَاتِبِ أَنْفَعُهُمَا .

فصل : وَإِذَا وَصَّى ^(١٤) بَأَن يُكَاتَبَ عَبْدُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقُّ الْآدَمِيِّ ^(١٥) ، فَإِذَا وَصَّى ^(١٦) بِهِ ، صَحَّ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ جِهَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُبْعَ ^(١٧) مَالُهُ بِمَالِهِ . فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لَزِمَتْهُمْ ^(١٨) كِتَابَتُهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنْ مَالِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ تَمَاءُ مَالِهِ وَفَائِدَتُهُ ، وَلِأَنَّ الْأَعْيَانَ بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَهِيَ لَا يَمْلِكُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ عَيَّنَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، كَاتِبُوهُ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ مِثْلَهَا أَوْ أَكْثَرَ . وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ ، كَاتِبُوهُ عَلَى مَا جَرَى الْعُرْفُ بِكِتَابَةِ مِثْلِهِ بِهِ . وَالْعُرْفُ أَنَّ يُكَاتَبَ الْعَبْدُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ ؛ ^(١٩) لَكُونَ دَيْنُهَا ^(٢٠) مُوَجَّلًا . وَيَجِبُ رَدُّ رِبْعِهِ إِلَيْهِ . وَتُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ رِضَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَلْزِمُهُ ، وَلَا يَجُوزُ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) سقط من : أ ، ب .

(١٣) في أ ، م : « أوصى » .

(١٤) في ب : « للآدمي » .

(١٥) في م : « أوصى » .

(١٦) في الأصل : « يبيع » .

(١٧) في الأصل : « لزمته » . وفي م : « لزمهم » .

(١٨-١٩) في الأصل : « لكونها » .

بِخِلَافِ مَا لَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ^(١٩) ، وَلَا يَقْصِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ وَلَا رِضَاهُ . فَإِنْ رَدَّ
 الْوَصِيَّةَ ، بَطَلَتْ . فَإِنْ عَادَ فَطَلَبَهَا ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ بَطَلَتْ بِالرَّدِّ ،
 فَأُشْبِهَ الْوَصِيَّةَ بِالْمَالِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَدُّهَا ، وَجَبَتْ إِجَابَتُهُ إِلَيْهَا . وَإِنْ^(٢٠) أَدَّى^(٢١) وَعَتَقَ ،
 كَانَ^(٢٢) وَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي بِكِتَابَتِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَلِلْوَارِثِ رَدُّهُ فِي الرَّقِّ ،
 وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنَّهُ يُكَاتِبُ مِنْهُ مَا يَخْرُجُ^(٢٣) مِنَ الثُّلُثِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ وَصَّى
 بِوَصَايَا غَيْرِ الْكِتَابَةِ ، لَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، تَحَاصُّوْا فِي الثُّلُثِ / ، وَأَدْخِلِ النِّقْصَ عَلَى كُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ مَا لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ تُقَدَّمَ الْكِتَابَةُ ؛ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تُقَدَّمُ
 الْعِتَقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَقْصُودُهَا الْعِتَقُ ، وَيُفْضَى إِلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقَدَّمَ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْعِتَقَ
 تَغْلِيْبٌ وَسِرَايَةٌ ، لَيْسَ هُوَ الْكِتَابَةُ^(٢٤) ، وَإِفْضَاؤُهَا إِلَى الْعِتَقِ لَا يُوجِبُ تَقْدِيمَهَا ، كَمَا لَوْ
 وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَنَّهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ ، مَعَ أَنَّ الْقَصْدَ بِوَصِيَّتِهِ الْعِتَقُ ، وَيُفْضَى إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : كَاتِبُوا أَحَدَ رَقِيقِي . فَلِلْوَرِثَةِ مُكَاتَبَةٌ مَنْ شَاءُوا^(٢٥) مِنْهُمْ . فِي أَحَدِ
 الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يُكَاتِبُونَ وَاحِدًا مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَحَدَ عِبِيدِي .
 فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ مُكَاتَبَةٌ أَمَّةٌ ، وَلَا خُنْثَى مُشْكِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُ الْخُنْثَى
 عَبْدًا^(٢٦) . وَإِنْ قَالَ : أَحَدَ إِمَائِي . فَلَيْسَ لَهُمْ مُكَاتَبَةٌ عَبْدٌ ، وَلَا خُنْثَى مُشْكِلٌ ، كَذَلِكَ .
 وَإِنْ كَانَ الْخُنْثَى غَيْرَ مُشْكِلٍ ، وَكَانَ رَجُلًا ، فَلَهُمْ مُكَاتَبَتُهُ إِذَا قَالَ : كَاتِبُوا أَحَدَ عِبِيدِي .
 وَإِنْ كَانَ أُثْنَى ، فَلَهُمْ مُكَاتَبَتُهُ إِذَا قَالَ : كَاتِبُوا إِحْدَى^(٢٧) إِمَائِي . لِأَنَّ هَذَا غَيْبٌ فِيهِ ،
 وَالْغَيْبُ لَا يَمْنَعُ الْكِتَابَةَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى عَوَضٍ مَجْهُولٍ ، أَوْ عَوَضٍ حَالٍ ، أَوْ

(١٩) فِي ١ ، ب : « يَعْتَقُهُ » .

(٢٠) فِي م : « وَإِذَا » .

(٢١) - (٢٢) فِي ١ ، م : « عَتَقَ وَكَانَ » .

(٢٣) فِي م : « خَرَجَ » .

(٢٤) فِي ١ ، ب ، م : « لِلْكِتَابَةِ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « شَاءَ » .

(٢٦) فِي م زِيَادَةً : « أَوْ أَمَّةٌ » .

(٢٧) فِي النِّسْخِ : « أَحَدٌ » .

مُحَرَّم ، كَالْحَمْرِ وَالْخَزِيرِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا فَاسِدًا ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُهَا ، لَكِنْ يُلْغَوُ (٢٧) الشَّرْطُ ، وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ صَحِيحَةً . وَيتَخَرَّجُ أَنْ يُفْسِدَهَا ؛ بِنَاءً (٢٨) عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَوَضِ الْمُحَرَّمِ بَاطِلَةٌ ، لَا يَغْتَنِقُ بِالْأَدَاءِ فِيهَا . وَهُوَ (٢٩) اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ فَإِنَّهُ (٣٠) رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ، مَا لَمْ تُكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . فَحَكَمَ بِالْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ إِلَّا فِي الْمُحَرَّمَةِ . وَاخْتَارَ (٣١) الْقَاضِي أَنَّهُ يَغْتَنِقُ بِالْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْقَاضِي عَلَى مَا إِذَا جَعَلَ السَّيِّدُ الْأَدَاءَ شَرْطًا لِلْعِتْقِ ، فَقَالَ : إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَدَّى / إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَغْتَنِقُ بِالصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَيُثَبِّتُ فِي هَذِهِ الْكِتَابَةِ حَكْمَ الصِّفَةِ فِي الْعِتْقِ (٣٢) بِوُجُودِهَا ، لَا بِحَكْمِ الْكِتَابَةِ (٣٣) . وَأَمَّا غَيْرُهَا مِنَ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ ، فَإِنَّهَا تُسَاوِي الصَّحِيحَةَ فِي أَرْبَعَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَغْتَنِقُ بِأَدَاءِ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، سَوَاءً صَرَّحَ بِالصِّفَةِ ، فَقَالَ : إِذَا أَدَيْتَ إِلَيَّ (٣٤) ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ لَمْ يَقُلْ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكِتَابَةِ يَقْتَضِي هَذَا ، فَيَصِيرُ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ ، فَيَغْتَنِقُ بِوُجُودِهِ ، كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى سَيِّدِهِ بِمَا أُعْطَاهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَتَرَا جَعَان ، فَيَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ ، وَعَلَى السَّيِّدِ مَا أَخَذَهُ ، فَيَتَقَا صَّانَ بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، إِنْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَيَأْخُذُ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَاسِدَةٍ ، فَوَجِبَ التَّرَاجُعُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدُ كِتَابَةٍ لِمُعَاوَضَةٍ حَصَلَ

(٢٧) فِي م : « يُلْغَى » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٩) فِي أ . ب : « وَهَذَا » .

(٣٠) فِي م زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « وَاخْتِيَارَ » .

(٣٢-٣٣) فِي ب : « لَوْجُودُهَا لِاحْكَمَ لِلْكِتَابَةِ » . وَفِي أ : « حَكَمَ » مَكَانَ : « بِحَكَمَ » .

(٣٤) فِي م : « إِنْ » .

(٣٤) فِي ب : « وَلَمْ » .

الْعَتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَلَمْ يَجِبِ ^(٣٥) التَّرَاجُعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا ، وَلَئِنْ مَا
يَأْخُذُهُ ^(٣٦) السَّيِّدُ فَهُوَ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، الَّذِي لَمْ يَمْلِكْ كَسْبَهُ ، فَلَمْ يَجِبِ ^(٣٧) عَلَيْهِ رَدُّهُ ،
وَالْعَبْدُ عَتَقَ بِالصِّفَةِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ .
وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، فَلَا رُجُوعَ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا أَخَذَهُ ، وَإِنْ
كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ أَخَذَ مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَدَفَعَ إِلَى الْآخِرِ مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ ، بِعَقْدِ
الْمَقْصُودِ مِنْهُ الْمُعَاوَضَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا بِخِلَافِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي
كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ تَضَمَّنَ الْإِذْنَ ^(٣٧) فِي ذَلِكَ ، وَلَهُ أَخْذُ الصَّدَقَاتِ وَالزُّكُوتِ ؛
وَلِأَنَّهُ ^(٣٨) مُكَاتَبٌ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . الرَّابِعُ ، أَنَّهُ إِذَا
كَاتَبَ جَمَاعَةً كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ ، عَتَقَ . عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَعْتِقُ فِي
الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ . لِأَنَّ مَعْنَى الْعَقْدِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتَبٌ / بِقَدْرِ
حِصَّتِهِ ، مَتَى أَدَّى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْرَ حِصَّتِهِ ، فَهُوَ حُرٌّ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَعْتِقُ فِي
الصَّحِيحَةِ إِلَّا أَنْ يُؤَدَّى الْجَمِيعَ . فَهِيَ أَوْلَى . وَتَفَارُقُ الصَّحِيحَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ ؛
أَحَدُهَا ، أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّيِّدِ وَالْمُكَاتَبِ فَسْخَاحًا وَرَفْعًا ، سَوَاءٌ كَانَ ثُمَّ صِفَةً أَوْ لَمْ
تَكُنْ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا يَلْزَمُ حُكْمُهُ ،
وَالصِّفَةُ هُنَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَتَابِعَةٌ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ هِيَ الْمَقْصُودُ ^(٣٩) ، فَلَمَّا
أَبْطَلَ الْمُعَاوَضَةَ الَّتِي هِيَ الْأَصْلُ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ الْمَبْنِيَّةُ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ،
وَلِأَنَّ ^(٤٠) السَّيِّدَ لَمْ يَرْضَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ إِلَّا بِأَنْ يُسَلَّمَ لَهُ الْعِوَضُ الْمُسَمَّى ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ ، كَانَ لَهُ
إِبْطَالُهَا ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ؛ فَإِنَّ الْعِوَضَ سَلَّمَ لَهُ ، فَكَانَ الْعَقْدُ لَازِمًا لَهُ .
الثَّانِي ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَبْرَاهُ مِنَ الْمَالِ ، لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ، وَلَا يَعْتِقُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ

(٣٥-٣٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٦) ق م : « أخذه » .

(٣٧) ق ب : « بالإذن » .

(٣٨) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٣٩) ق م : « المقصودة » .

(٤٠) سقطت الواو من : الأصل .

غير ثابت في العقد ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة ، في قوله : إذا أدت إلى ألفاً ، فانت حر . الثالث ، أنه لا يلزم السيد^(٤١) أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة ؛ لأن العتق ههنا بالصفة المجردة ، فأشبه ما لو قال : إذا أدت إلى ألفاً ، فانت حر . واختلف في أحكام أربعة ؛ أحدها ، في بطلان الكتابة بموت السيد . فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها . وهو قول الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين ، لا يؤول إلى لزوم ، فيبطل بالموت ، كالوكالة ، ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة ، والصفة تبطل بالموت ، فكذلك هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ، ويعتق بالأداء إلى الوارث .^(٤٢) وهو قول أبي حنيفة ، رضي الله عنه ؛ لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد ، فيعتق بالأداء إلى الوارث^(٤٣) ، كما في الكتابة الصحيحة^(٤٤) ، ولأن الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالأداء ، وفي أن الولد يتبعه ، فكذلك في هذا . والثاني ، في بطلانها بجنون السيد ، والحجر عليه لسفه ، والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته . والأولى أنها لا تبطل ههنا ؛ لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والمقلب في هذه الكتابة ، حكم الصفة المجردة ، فلا تبطل به . / فعلى هذا ، لو أدى إلى سيده بعد ذلك ، عتق . وعلى قول من أبطلها ، لا يعتق . الثالث ، أن ما في يد المكاتب وما يكسبه ، وما يفضل في يده بعد الأداء ، له دون سيده . في قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، رضي الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتاً فيها ، كالصحيحة . وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده في الموضعين ؛ لأن كسب العبد لسيده ، بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسد ، لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم ينقل الملك في المعوض ، كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة ، وهي لا تثبت الملك له في كسبه ، فكذا ههنا ، وفارق^(٤٥) الكتابة

٢٧٢/١١ ظ

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢-٤٣) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

(٤٣) في م : « وفارقت » .

الصَّحِيحَةَ ، فَإِنَّهَا أُثْبِتَتْ^(٤٤) الْمِلْكُ فِي الْعَوَضِ ، فَأُثْبِتَتْهُ فِي الْمُعَوَّضِ . الرَّابِعُ ، هَلْ يَتَّبِعُ
 الْمُكَاتَّبَةُ وَلَدُهَا ؟ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَّبِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا كِتَابَةٌ تُعْتَقُ
 فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَيُعْتَقُ وَلَدُهَا بِهِ ، كَالكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَتَّبِعُهَا . وَهُوَ أَقْيَسُ ،
 وَأَصَحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الذِّى قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّقِّ فِيهِ ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِنَصٍّ ، أَوْ مَعْنَى
 نَصٍّ ، وَمَا وَجَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ
 الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ ، فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٤) فِي م : « تَبِت » .

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد : هي التي ولدت من سيدها في ملكه . ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإمام ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ^(١) . وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ ، وهي أم إبراهيم بن النبي ﷺ ، التي قال ^(٢) : « أعتقها ولدها » ^(٣) . وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام ، سريّة لإبراهيم ^(٤) خليل الرحمن عليه السلام . وكان لعمر ابن الخطاب ، / رضي الله عنه ، أمهات أولاد وصّى ^(٥) لكل واحدٍ منهن بأربع مائة أربع مائة ^(٦) . وكان لعلي ، رضي الله عنه ، أمهات أولاد ^(٧) . ولكثير من الصحابة . وكان علي ابن الحسين ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، من أمهات أولاد . ويروى ^(٨) أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد ، حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد ، فرغب الناس فيهن . وروى عن سالم بن عبد الله ، قال : كان لابن رباح جارية ، وكان يريد الخلوة بها ، وكانت امرأته ترصده ، فخلا البيت ، فوقع عليها ، فنذرت به ^(٩) امرأته ،

و ٢٧٣/١١

(١) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ .

(٢) في الأصل ، م : « النبي » .

(٣) في م زيادة : « فيها » .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ . والبيهقي ، في : باب الرجل يطمأنته بالملك فتدله ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وعبد الرزاق ، في : بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٤/٧ .

(٥) في م : « إبراهيم » .

(٦) في ١ ، م : « أوصى » .

(٧) سقط من : م . وتقدم تخرج أثر عمر ، في : ٥٢٠/٨ .

(٨) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٨/٧ .

(٩) في ب ، م : « وروى » .

(١٠) نذرت به : علمت به .

وَقَالَتْ : أَفَعَلْتَهَا ^(١١) ؟ قَالَ : مَا فَعَلْتُ . قَالَتْ : فَأَقْرَأْ إِذَا ^(١٢) . فَقَالَ :

شَهِدْتُ بَأَنِّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَأَنَّ النَّارَ مَثْوَى الْكَافِرِينَ
وَأَنَّ الْعَرْشَ فَوْقَ الْمَاءِ طَافٍ وَفَوْقَ الْعَرْشِ رَبُّ الْعَالَمِينَ
وَتَحْمِلُهُ مَلَائِكَةُ شِدَادٍ مَلَائِكَةُ الْإِلَهِ مُسَوِّمِينَ

فَقَالَتْ : أَمَّا إِذَا قَرَأْتَ فَادْهَبْ إِذَا ^(١٣) . فَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَخْبَرَهُ ، قَالَ ^(١٤) : فَلَقَدْ رَأَيْتُهُ يَضْحَكُ حَتَّى تَبْدُو نَوَاجِذُهُ ، وَيَقُولُ : « هِيَه ، كَيْفَ قُلْتَ ؟ » . فَأُكْرِرُهُ عَلَيْهِ ، فَيَضْحَكُ ^(١٥) .

فصل : فَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ ، فَأَتَتْ ^(١٦) بَوْلِدٍ بَعْدَ وَطْئِهِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ ، وَصَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلِيد . وَإِنْ أَتَتْ بَوْلِدًا تَامًّا لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ أَقَلَّ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ امْرَأَةً وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَأَتَتْ بِهَا ^(١٧) عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَهَمَّ بِرَجْمِهَا ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ ، إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ^(١٨) . فَقَدْ يَكُونُ فِي الْبَطْنِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، وَالرِّضَاعُ أَرْبَعَةٌ وَعَشْرُونَ شَهْرًا ، فَذَلِكَ تِمَامُ مَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ . فَحُلِّيَ عَنْهَا عُمَرُ ^(١٩) . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِعُمَانَ ^(٢٠) . وَمَنْ اعْتَرَفَ بِوَطْءِ أَمَتِهِ ، فَأَتَتْ بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ ، وَلَمْ

(١١) في ب ، م : « أفعلها » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) انظر ما تقدم في : ٢٩٨/١٣ .

(١٦) في ب زيادة : « له » .

(١٧) في م زيادة : « إلى » .

(١٨) سورة الأحقاف ١٨ .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٢/١١ .

(٢٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب التي تضع لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٥١/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لما رَوَى / عن عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : حَصَّنُوا هَذِهِ الْوَلَائِدَ ، فَلَا يَطَأُ رَجُلٌ وَلِيدَتَهُ ، ثُمَّ يُنْكِرُ وَلَدَهَا ، إِلَّا الزَّمَنَةُ إِيَّاهُ^(٢١) . رواه سَعِيدٌ^(٢٢) . وعن ابنِ عمر ، قال : قال عمر : أَيْمًا رَجُلٌ عَشَى أُمَّتَهُ ، ثُمَّ ضَيَّعَهَا ، فَالضَّيْعَةُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ . رواه سَعِيدٌ أيضًا^(٢٣) . وَلَأنَّ أُمَّتَهُ صَارَتْ فِرَاشًا بِالْوَطْءِ ، فَلَحِقَهُ وَلَدُهَا ، كَالْمِرْأَةِ ، وَلِقَوْلِهِ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »^(٢٤) . فَإِنْ نَفَاهُ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا ، وَأَنَّتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ اسْتَبْرَائِهَا بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْتَفِي عَنْهُ بِذَلِكَ . وَهَلْ يَخْلِفُ عَلَى ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، قَالَ : إِذَا أَنْكَرَ الرَّجُلُ وَلَدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَعَنْ الشَّعْبِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : يَنْتَفِي مِنَ وَلَدِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ أُمَّتِهِ ، مَتَى شَاءَ . وَلَنَا ، قَوْلُ عُمَرَ ، وَأَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ ، كَوَلَدِهِ مِنْ زَوْجَتِهِ . فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : إِذَا أَقَرَّ بِوَلَدِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِي مِنْهُ ، فَإِنْ انْتَفَى مِنْهُ ، ضَرَبَ الْحَدَّ ، وَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ . وَقَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ^(٢٥) أَقَرَّ بِوَلَدِهِ : لَا سَبِيلَ لَكَ أَنْ تَنْتَفِيَ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ هُنَّيْ بِهِ ، فَسَكَتَ ، أَوْ أَمِنَ عَلَى الدُّعَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَى بِهِ ، فَقَامَ مَقَامَ الْإِقْرَارِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ يَطَأُ جَارِيَتَهُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ بِذَلِكَ ؛ لما رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ النِّسَاءَ ، وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ ، أَفْتَعَزِلُ عَنْهُنَّ ؟ قَالَ : « إِنْ اللَّهُ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ ، خَلَقَهَا »^(٢٦) . وَعَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ تَحْمِلَ . فَقَالَ : « اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَبِثَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ، فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ

(٢١) في ب : « إِيَّاهَا » .

(٢٢) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ ، ٦٤ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ سريره وينتفي من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٢/٧ .

(٢٣) في الباب السابق . السنن ٦٣/٢ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٦/٧ .

(٢٥) في م : « الرجل » .

(٢٦) تقدم تخريجه ، في : ٢٢٩/١٠ .

أَخْبَرْتُكَ ، أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٧) . وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : كُنْتُ
 أُعْزِلُ / عَنْ جَارِيَّتِي ، فَوَلَدَتْ أَحَبَّ الْخَلْقِ إِلَيَّ . يَعْنِي ابْنَهُ ^(٢٧) . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ عَمَرَ
 قَالَ : مَا بَالُ رَجَالٍ يَطْأُونَ وَلَا يَدْهَمُ ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيَنِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ
 أَتَاهَا ، إِلَّا الْحَقُّ بِهِ وَلَدَهَا ، فَأَعْزَلُوا بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ أَتْرَكُوا ^(٢٨) . وَلَا نَهَا بِالْوَطْءِ صَارَتْ
 فِرَاشًا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » . وَلَمَّا تَنَازَعَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ وَسَعْدٌ ، فِي ابْنِ
 وَلِيدَةَ زَمْعَةَ ، فَقَالَ عَبْدٌ : هُوَ أَحْيَى ، وَابْنُ وَلِيدَةَ أَبِي ، وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
 « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَلَا نَهَ قَدْ
 يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يَحْسُبُ بِهِ ، فَيُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ،
 مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَعَ الْعَزْلِ ، فَرَوَى سَعِيدٌ ^(٢٩) ، حَدَّثَنَا ^(٣٠) سَفِيَانُ ، عَنْ ابْنِ
 أَبِي نَجِيحٍ ، عَنْ فُتَيْ مِّنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ يَعْزِلُ
 عَنْ جَارِيَةٍ لَهُ ، فَجَاءَتْ بِحَمْلٍ ، فَشَقَّ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : اللَّهُمَّ لَا تُلْحِقْ بِآلِ عَمَرَ مَنْ لَيْسَ
 مِنْهُمْ ، فَإِنَّ آلَ عَمَرَ لَيْسَ بِهِمْ خَفَاءٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : مِمَّنْ هُوَ ؟ فَقَالَتْ : مِنْ
 رَاعِي الْإِبِلِ . فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَائْتَنَى عَلَيْهِ . وَقَالَ ^(٣١) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ^(٣٢) ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ ،
 عَنْ خَارِجَةَ ^(٣٣) بِنِ زَيْدٍ ^(٣٤) أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ فَارِسِيَّةٌ ، وَكَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا ،
 فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ، فَأَعْتَقَ الْوَلَدَ ، وَجَلَدَهَا الْحَدَّ ، وَقَالَ : إِنَّمَا كُنْتُ أَسْتَطِيبُ ^(٣٥) نَفْسِكَ ،
 وَلَا أُرِيدُكَ . وَفِي رِوَايَةٍ ، قَالَ : مِمَّنْ حَمَلَتْ ؟ قَالَتْ : مِنْكَ . فَقَالَ : كَذَبْتَ ، وَمَا وَصَلَ
 إِلَيْكَ مَنِّي مَا يَكُونُ مِنْهُ الْحَمْلُ ، وَمَا أَطَاكَ ، إِلَّا أَنِّي ^(٣٥) أَسْتَطِيبُ نَفْسِكَ . وَقَالَ

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٠/١٠ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٣٠/١١ .

(٢٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٥/٢ ، ٦٦ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ سريته ويتنفى من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٦/٧ .
 (٣٠) في الأصل : « عن » .

(٣١) في الباب السابق . السنن ٦٥/٢ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في الباب السابق . المصنف ١٣٥/٧ .

(٣٢) في م زيادة : « عن حماد » . وليس في السنن .

(٣٣-٣٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٤) في ا ، ب ، م : « استطبت » .

(٣٥) في الأصل : « أن » .

التَّوْرِي ، وأبو حنيفة : لا تصيرُ فراشًا ، ولا يَلَحَقُه ولدها ، إِلَّا أَنْ يُقَرَّ بولدها ، فَيَلَحَقَه أولادُها بعد ذلك . ولنا ، ما ذكرناه ، وقولُ عمرَ المَوافقِ للسَّنَةِ أَوَّلَى من قوله فيما خالفها .

فصل : وإن اعترفَ بوطءِ أُمِّته في الدُّبْرِ ، أو دُونَ الفَرْجِ ، فقد رَوَى عن أحمد ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، ٢٧٤/١١ أَنَّهُ يَلَحَقُه ولدها ، وَتَصِيرُ فراشًا بهذا . وهو / أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . ولأنَّهُ قَدِيحُ جَامِعٍ ، فَيَسْبِقُ الماءُ إِلَى الفَرْجِ . والصَّحِيحُ في هذا ، إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى ، أَنَّهَا لَا تَصِيرُ بِهِ ^(٣٦) فِرَاشًا ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا ^(٣٧) هُوَ فِي ^(٣٧) مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، وَلَا يَتَّبِعُ الْحُكْمُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، وَلَا يَتَّقِلُ عَنِ الْأَصْلِ إِلَّا بِنَاقِلٍ عَنْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَوْضِعٍ لِحَقِّهِ الْوَلَدُ مِنْ أُمِّهِ ، إِذَا حَمَلَتْ بِهِ ^(٣٨) فِي مَلِكِهِ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ الْأَصْلُ ، لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ، وَتَصِيرُ بِهِ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ .

٢٠١٢ - مسألة ؛ قال : (وَأَحْكَامُ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، أَحْكَامُ الْإِمَاءِ ، فِي جَمِيعِ أُمُورِهِنَّ ، إِلَّا أَنَّهُنَّ لَا يَمُوتْنَ)

وجملة ذلك أَنَّ الْأُمَّةَ إِذَا حَمَلَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، ثَبَتَ لَهَا حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ؛ فِي حِلِّ وَطْئِهَا لِسَيِّدِهَا ، وَاسْتِخْدَامِهَا ، وَمِلْكِ كَسْبِهَا ، وَتَرْوِيجِهَا ، وَإِجَارَتِهَا ، وَعَتَقِهَا ، وَتَكْلِيفِهَا ، وَحَدِّهَا ، وَعَوْرَتِهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عَنِ الْمَلِكِ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِجَارَتَهَا وَتَرْوِيجَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا ، فَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَهَا وَإِجَارَتَهَا ، كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ يَنْتَفِعُ بِهَا ، فَيَمْلِكُ سَيِّدُهَا تَرْوِيجَهَا ، وَإِجَارَتَهَا ، كَالْمُدْبَرَةِ ، وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ تَعْتِقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْمُدْبَرَةَ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ بَيْعَهَا ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ أَنْ تَعْتِقَ بِمَوْتِهِ ، وَبَيْعُهَا يَمْنَعُ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ التَّرْوِيجِ وَالْإِجَارَةِ . وَيُطْلَقُ دَلِيلُهُم بِالْمَوْقُوفَةِ وَالْمُدْبَرَةِ عِنْدَ مَنْ مَنَعَ بَيْعَهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهَا تُخَالِفُ الْأُمَّةَ الْقِنَ ، فِي أَنَّهَا تَعْتِقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَلَا

(٣٦) في ب ، م : « بهذا » .

(٣٧-٣٧) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٨) سقط من : ب .

التَصَرُّفُ فِيهَا بِمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ ، من الهبة والوقف ، ولا ما يُرادُ للبيع ، وهو الرهن ، ولا ثورث ؛ لأنها تَعْتَقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ^(١) ، ويَزُولُ الْمَلِكُ عنها . رَوَى هذا عن عمر^(٢) ، وعثمان^(٣) ، وعائشة^(٤) ، وعامة الفقهاء . وروى عن علي ، وابن عباس ، وابن الزبير ، إِبَاحَةً بَيْعِهِمْ . وإليه ذهب داود . قال سعيد^(٥) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ، عن عمرو ، عن عطاء ، عن ابن عباس ، في أم الولد ، قال : بَيْعُهَا ، كاتِّبِعُ سَائِكَ ، أَوْ بَعِيرِكَ . قال^(٦) : وَحَدَّثَنَا أَبُو عَوَانَةَ ، / عن مُعِيْرَةَ ، عن الشَّعْبِيِّ ، عن عبيدة ، قال : خَطَبَ عَلِيُّ النَّاسَ ، ٢٧٥/١١ فقال : شَاوَرَنِي عَمْرُو فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَأَيْتُ أَنَا وَعَمْرُو أَنْ أُعْتَقَهُنَّ ، فَقَضَى بِهِ عَمْرُو^(٧) حَيَاتِهِ ، وعثمان^(٨) حَيَاتِهِ ، فَلَمَّا وُلِيتُ ، رَأَيْتُ أَنْ أُرَقَّهُنَّ . قال عبيدة : فَرَأَى عَمْرُو عَلِيًّا فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِ عَلِيٍّ وَخَدَهُ . وَقَدَرَوِي صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، قال : قُلْتُ لِأَبِي : إِلَى أَى شَيْءٍ تَذْهَبُ فِي بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ؟ قال : أَكْرَهُهُ ، وَقَدْ بَاعَ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وقال ، في رواية إسحاق بن منصور : لَا يُعْجِبُنِي بَيْعُهُنَّ . قال أبو الحَطَّاب : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ مَعَ الْكَرَاهَةِ . فَجَعَلَ هَذَا رَاوِيَةً ثَانِيَةً عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَوَايَةٍ^(٩) مُخَالَفَةٍ لِقَوْلِهِ : إِنَّهُنَّ لَا يُبْعَنَ . لِأَنَّ السَّلَفَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، كَانُوا يُطْلِقُونَ الْكَرَاهَةَ عَلَى التَّحْرِيمِ كَثِيرًا ، وَمَتَى كَانَ التَّحْرِيمُ وَالْمَنْعُ مُصَرَّحًا بِهِ فِي سَائِرِ الرُّوَايَاتِ عَنْهُ ، وَجَبَ حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ ، عَلَى

(١) في ١ ، ب : « سيدها » .

(٢) انظر ما يأتي في خبر علي الذي رواه عبيدة .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطاأ أمته بالملك فتدله ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٥/١٠ .

(٤) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٠/٧ .

(٥) في الباب السابق . السنن ٦٠/٢ ، ٦١ . والبيهقي ، في : باب الرجل يطاأ أمته بالملك فتدله ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٦٠/٢ ، ٦١ . وابن أبي شيبه ، في : باب في بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع . المصنف ٤٣٦/٦ ، ٤٣٧ .

(٦) في الأصل زيادة : « في » .

(٧) في م : « رواية » .

المُصَرَّح به ، ولا يُجْعَلُ ذلك اختِلافًا . ولمن أجازَ يَبْعُهُنَّ أَنْ يَحْتَجَّ بِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قال :
يَعْنَا أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، على عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وأبَى بَكْرٌ ، ^(٨) فلَمَّا كَانَ عَمْرُ ، رَضِيَ اللَّهُ
عنه ، نَهَانَا ، فَانْتَهَيْنَا . رواه أبو داود ^(٩) . وما كان جائزًا في عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وأبَى
بَكْرٍ ^(٨) ، لم يَجْزْ ^(١٠) نَسْخُهُ بِقَوْلِ عَمْرٍ وَلَا غَيْرِهِ ، وَلَأنَّ نَسْخَ الْأَحْكَامِ إِنَّمَا يَجُوزُ فِي عَصْرِ
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ لِأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا يُنْسَخُ بِنَصٍّ ^(١١) . وَأَمَّا قَوْلُ الصَّحَابِيِّ ، فَلَا يُنْسَخُ ، وَلَا
يُنْسَخُ به ؛ فَإِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا يَتْرَكُونَ أَقْوَالَهم لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا
يَتْرَكُونَهَا بِأَقْوَالِهم ^(١٢) ، وَإِنَّمَا تُحْمَلُ مُخَالَفَةُ عَمْرٍ هَذَا النَّصَّ ، على أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ ، وَلَوْ بَلَغَهُ لَمْ
يَعُدْهُ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَأنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لم ^(١٣) يَعْتَقْهَا سَيِّدُهَا ، وَلَا شَيْئًا مِنْهَا ، وَلَا قَرَابَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ،
فَلَمْ تَعْتَقْ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنْ أَبِيهِ فِي نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَأنَّ الْأَصْلَ الرُّقُّ ، وَلَمْ يَرِدْ بَزْوَالُهُ نَصٌّ وَلَا
إِجْمَاعٌ ، وَلَا مَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّ وَلَادَتَهَا لَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً
لِعِتْقِهَا ، لَكُنْتُ الْعِتْقُ بِهَا ^(١٤) حِينَ وُجِدَها ، كَسَائِرِ أَسْبَابِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَوَايَةً
أُخْرَى ، أَنَّهَا تُجْعَلُ فِي سَهْمِ وَلَدِهَا ؛ لِتَعْتَقَ عَلَيْهِ ^(١٥) . وقال سَعِيدٌ ^(١٦) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ،
حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهَبٍ ، قَالَ : مَاتَ رَجُلٌ مِنَّا ، وَتَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ ، فَأَرَادَ الْوَلِيدُ بْنُ
عُقْبَةَ أَنْ يَبِيعَهَا فِي دَيْنِهِ ، فَأَتَيْنَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ، فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ
وَلَا ^(١٧) بُدَّ ، فَاجْعَلُوهَا مِنْ ^(١٨) نَصِيبِ أَوْلَادِهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ،

ظ ٢٧٥/١١

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) في : باب عتق أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ .

(١٠) في الأصل : « نخز » .

(١١) في م زيادة : « مثله » .

(١٢) في الأصل : « بأقوالكم » .

(١٣) في ١ ، م : « ولم » .

(١٤) في الأصل : « لأنها » .

(١٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٤٠/٦ .

(١٦) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ .

كما أخرجه ، عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٩/٧ ، ٢٩٠ . وابن أبي

شعبة ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٣٨/٦ .

(١٧) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(١٨) في ب ، م : « في » .

قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيُّمَا أُمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ ذُبْرِ مِنْهُ » .
وقال ابن عباس : ذَكَرْتُ أُمَّ إِبْرَاهِيمَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا » .
رواهما ابن ماجه ^(١٩) . وذكر الشَّريْفُ أبو جعفر ، في « مسائله » ، عن ابن عمر ، عن
النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَلَا يَبْعَنَ ، وَلَا يَرْهَنَ ، وَلَا يَرْتَنَ ، وَيَسْتَمْتَعُ بِهَا
سَيِّدُهَا مَا بَدَّلَهُ ، فَإِنْ مَاتَ ، فَهِيَ حُرَّةٌ ^(٢٠) . وهذا فيما أُظُنُّ عن عمر ، ولا يصحُّ عن النَّبِيِّ
ﷺ ، ولأنَّه إجماعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ : كَانَ
رَأْيِي وَرَأَى عُمَرُ ، أَنْ لَا تُبَاعَ أُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ . وقوله : فَقَضَى بِهِ عُمَرُ حَيَاتِهِ وَعَثْمَانُ
حَيَاتِهِ . وقول عبيدة : رَأَى عَلِيٌّ وَعُمَرُ فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبَّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِهِ وَخُذِهِ . وَرَوَى
عِكْرَمَةُ ، عن ابن عباس ، قال : قال ^(٢١) عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ كَانَ يُقَرُّ بِأَنَّهُ يَطَأُ
جَارِيَتَهُ ، ثُمَّ يَمُوتُ ، إِلَّا أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا إِذَا وَلَدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا ^(٢٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ
تَصِحُّ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ؟ قُلْنَا :
قَدْ رَوَى عَنْهُمْ الرُّجُوعُ عَنِ الْمُخَالَفَةِ ، فَروى ^(٢٣) عبيدة ، قال : بَعَثَ إِلَيَّ عَلِيٌّ وَإِلَى
شُرَيْحٍ ، أَنْ أَقْضُوا كَمَا كُنْتُمْ تَقْضُونَ ، فَإِنِّي أَبْغَضُ الْاِخْتِلَافَ ^(٢٤) . وابن عباس قال : وَلَدُ
أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا . وهو الرَّأْيُ لِحَدِيثِ عَتِيقِهَا ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، وعن عمر ، فَيُدُلُّ عَلَى
مُوَافَقَتِهِ لَهُمْ . ثُمَّ قَدْ ثَبَتَ الْإِجْمَاعُ بِاتِّفَاقِهِمْ قَبْلَ الْمُخَالَفَةِ ، وَاتِّفَاقُهُمْ مَعْصُومٌ عَنِ الْخَطِئِ ،
فَإِنَّ الْأُمَّةَ لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوزَ مَنْ عَنْ قَائِمٍ لِلَّهِ بِحُجَّتِهِ ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ

(١٩) الأول في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٣٢٠/١ .

والثاني تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٨٠ .

(٢٠) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٤/٤ .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطاء أمته بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى

٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(٢٣) في م : « فقد روى » .

(٢٤) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ٣٩٩/٢ .

في بعض العصر^(٢٥)، لَجَازَ في جَمِيعِهِ، ورَأَى المُوَافِقَ^(٢٦) في زَمَنِ الاتِّفَاقِ، خَيْرٌ من رَأْيِهِ / في الخلافِ بَعْدَهُ، فيكونُ الاتِّفَاقُ حُجَّةً على المُخَالَفِ لَهُ منهم، كما هو حُجَّةٌ على غيره .
فإن قِيلَ: لو كان الاتِّفَاقُ في بعض العصر^(٢٥) إجماعاً، حُرِّمَتْ مُخَالَفَتُهُ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمةُ، الذين لا تجوزُ نِسْبَتُهُمْ إلى ارتكابِ الحَرَامِ؟ قلنا: الإجماعُ يَنْقَسِمُ إلى مَقْطُوعٍ به ومَظْنُونٍ، وهذا من المَظْنُونِ، فيمكنُ وقوعُ المُخَالَفَةِ منهم له، مع كونه حُجَّةً، كما وَقَعَ منهم مُخَالَفَةُ النُّصُوصِ الظَّنِّيَّةِ، ولم^(٢٧) تَخْرُجْ بِمُخَالَفَتِهِمْ^(٢٨) عن كونها حُجَّةً، كذا هُنَا. فأما قولُ جَابِرٍ: بَعْنَا أُمَهَاتِ الأولادِ في عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وأبى بكر . فليس فيه تَصْرِيحٌ بأنَّهُ كان يَعْلَمُ رَسولَ اللَّهِ ﷺ، ولا عِلْمُ أبى بكرٍ، فيكونُ ذلك واقِعاً من فَعْلِهِمْ على انْفِرَادِهِمْ، فلا يكونُ فيه حُجَّةٌ، ويتعيَّنُ حَمْلُ الأمرِ على هذا؛ لأنَّهُ لو كان هذا^(٢٩) واقِعاً يَعْلَمُ رَسولَ اللَّهِ ﷺ وأبى بكرٍ، وأقرأ عليه، لم تَجْزُ مُخَالَفَتُهُ، ولم يُجْمَعِ الصَّحَابَةُ بَعْدَهُمَا على مُخَالَفَتِهِمَا، ولو فعلوا ذلك، لم يَحُلْ مِنْ مُنْكَرٍ يُنْكَرُ عَلَيْهِمْ، ويقولُ: كيف يُخَالِفُونَ فِعْلَ رَسولِ اللَّهِ ﷺ، وفعلَ صاحِبِهِ؟ وكيف يَتْرُكُونَ سُنَّتَهُمَا، ويَحَرِّمُونَ ما أَحَلَّ^(٣٠)؟ ولأنَّهُ لو كان ذلك واقِعاً يَعْلَمُهُمَا، لا حَتَجَ به على حِينَ رَأَى بَيِّعَهُنَّ، واحتَجَّ به كُلُّ مَنْ وافَقَهُ على بَيِّعَهُنَّ، ولم يَجِرْ شَيْءٌ من هذا، فوجِبَ أنْ يُحْمَلَ الأمرُ على ما حَمَلْنَاهُ عليه، فلا يكونُ فيه^(٣١) إذا حُجَّةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ باعُوا أُمَهَاتِ الأولادِ في النِّكاحِ، لا في المِلْكِ .

فصل: وَمَنْ أَجَازَ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ، فعلى قوله، إن لم يَبْعِها حتى مات، ولم يكنْ له وارثٌ إلا ولَدَها، عَتَقَتْ عليه، وإن كان له^(٣١) وارثٌ سِوَيِ ولَدِها، حُسِبَتْ مِنْ نَصِيبِ ولَدِها،

(٢٥) في الأصل: « العصور » .

(٢٦) في الأصل: « الموافقة » .

(٢٧) في م: « ولا » .

(٢٨) في ١: « لمخالفتهم » .

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) في م زيادة: « من هذا » .

(٣١) في الأصل، م: « لها » .

فَعَتَقْتُ ، وَكَانَ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيبِهِ ، عَتَقَ مِنْهَا قَدْرُ نَصِيبِهِ ، وَبَاقِيهَا رَفِيقٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ إِذَا وَرِثَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، سَرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ مِنْ سَيِّدِهَا ، وَرِثَهَا وَوَرِثَتَهُ^(٣٢) ، كَسَائِرِ رَفِيقِهِ .

٢٠١٣ - مسألة ؛ / قال : (وَإِذَا أَصَابَ الْأَمَةُ ، وَهِيَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، بِنِكَاحٍ ، ٢٧٦/١١ ظ
فَحَمَلَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَتَقَ الْجَنِينُ ، وَكَانَ لَهُ بَيْعُهَا)

وجملته أنه إذا تزوج أمة غيره ، فأولدها ، أو أحبلها ، ثم ملكها بشراء ، أو غيره ، لم تصير أم ولده بذلك ، سواء ملكها حاملاً فولدت في ملكه ، أو ملكها بعد ولادتها . وبهذا قال الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأنها علق من بمملوك ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ، ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق ، وإنما تحولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه ، بقول الصحابة ، رضي الله عنهم ، ففيما عدها يئقي على الأصل . ونقل القاضي ابن أبي موسى ، عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنها تصير أم ولده في الحالين . وهو قول الحسن ، وأبي حنيفة ؛ لأنها أم ولده ، وهو مالك لها ، فيثبت^(١) لها حكم الاستيلاد ، كما لو حملت في ملكه . ولم أجده هذه الرواية عن أحمد ، فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نقل عنه التوقف عنها ، في رواية مهنًا ، فقال : لا أقول فيها شيئاً . وصرح في رواية جماعة سواه ، بجواز بيعها ، فقال : لا أرى بأساً أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال : إنها أم ولده . وقال : أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولده حتى تلد عنده وهو يملكها . فإن كان^(٢) عبيدة السلماني يقول : يبيعها . وشريح ، وإبراهيم ، وعامر ، والشعبي . وأما إذا ملكها حاملاً ، فظاهر كلام أحمد ، رضي الله عنه ، أنها تصير أم ولده . وهو مذهب مالك ، رضي الله عنه ؛ لأنها ولدت منه في ملكه ، فأشبهه مالهو أحبلها في ملكه ، وقد صرح أحمد ، رضي الله عنه ، في رواية إسحاق بن منصور ، أنها لا

(٣٢) سقط من : م .

(١) في ب ، م : « فثبت » .

(٢) سقط من : م .

تكون أم وليد ، حتى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمْلًا . وَرَوَى عَنْهُ ابْنُهُ صَالِحٌ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنْ
الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ ، فَتَلِدُ مِنْهُ ، ثُمَّ يَتَنَاعُهَا . قَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قُلْتُ : فَإِنْ
اسْتَبْرَأَهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَطْءُ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَكَانَ يَطْوُهَا بَعْدَ (٣) مَا
اشْتَرَاهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ (٤) ، كَانَتْ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ وَطَّئَهَا فِي ابْتِدَاءِ
حَمْلِهَا ، أَوْ تَوَسُّطِهِ ، (٥) صَارَتْ لَهُ (٦) بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي سَمْعِ الْوَلِيدِ / وَبَصَرِهِ .
وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ مَلَكَهَا حَامِلًا ، فَلَمْ يَطَّأْهَا حَتَّى وَضَعَتْ ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلِيدٍ (٦) ، وَإِنْ وَطَّئَهَا
حَالَ حَمْلِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الْوَلَدُ ، وَصَارَ لَهُ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ، لَمْ تَصِرْ
بِذَلِكَ (٧) أُمُّ وَلِيدٍ . وَإِنْ (٨) وَطَّئَهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، قَالَ : أَبْعَدُ مَا اخْتَلَطَتْ دِمَاؤُكُمْ وَدِمَاؤُهُنَّ ، وَلُحُومُكُمْ وَلُحُومُهُنَّ ، بَعْتُمُوهُنَّ (٩) !
فَعَلَّلَ بِالْمُخَالَطَةِ ، وَالْمُخَالَطَةُ هُنَا حَاصِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَلِأَنَّ لِحْرِيَّةَ الْبَعْضِ
أَثْرًا فِي تَحْرِيرِ الْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ مَا إِذَا أُعْتِقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصَبَهُ مِنَ الْعِيدِ . وَقَالَ أَبُو
الْخَطَّابِ : إِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ الشَّرَاءِ ، فَهِيَ أُمُّ وَلِيدٍ . وَكَلَامُ الْخَرَقِيِّ يَقْتَضِي أَنَّهَا لَا تَكُونُ أُمُّ
وَلِيدٍ ، إِلَّا أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةٍ
إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فَقَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ حَتَّى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمْلًا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ
بَحْرٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا حَكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كَالْوَرَزِيِّ بِهَا ثَمَّ اشْتَرَاهَا . يَحْقُقُ هَذَا ، أَنَّ حَمْلَهَا مِنْهُ
مَا أَفَادَ الْحُرِّيَّةَ لَوَلَدِهِ ، فَلِأَنَّ لَا يُفِيدُهَا الْحُرِّيَّةَ أَوْلَى . وَيَفَارِقُ هَذَا مَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ فِي
مِلْكِهِ ؛ فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَيَتَحَرَّرُ بِتَحْرِيرِهِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ زِيَادَةِ الْوَلِيدِ بِالْوَطْءِ ، غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ ؛
فَإِنَّ هَذَا الْوَلَدَ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَادَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَزِدْ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحَكْمُ بِالشَّكِّ ، وَلَوْ ثَبَّتَ أَنَّهُ

(٣) فِي ب زِيَادَةِ : « ذَلِكَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٥-٥) فِي م : « كَانَتْ » .

(٦) فِي م زِيَادَةِ : « لَهُ » .

(٧) فِي م : « بِهِ » .

(٨) فِي م زِيَادَةِ : « كَانَ » .

(٩) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ مَا يَعْتَقُهَا السَّقَطُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٢٩٦/٧ ، ٢٩٧ . وَسَعِيدُ بْنُ

مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ٦١/٢ .

زَادَ ، لَمْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ زَنَى مِنْهُ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّعَهَا ، لَمْ تَصِيرْ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَإِنْ زَادَ الْوَلَدُ بِهِ ، وَلَئِنْ حُكِمَ الْاسْتِيلَادُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْإِجْمَاعِ فِي حَقِّ مَنْ حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَمَا عَدَاهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَيْسَ فِيهِ نَصٌّ ، وَلَا إِجْمَاعٌ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ هَذَا الْحُكْمُ ، وَلَئِنْ الْأَصْلَ الرَّقُّ ، فَيَبْقَى عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّعَهَا قَبْلَ وَضْعِهَا : فَإِنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِالْمُشْتَرَى ، وَلَا يَبِيعُهُ ، وَلَكِنْ يَعْتَقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مُجِحٍّ ^(١٠) ، عَلَى بَابِ فُسْطَاطٍ ، فَقَالَ : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ فِي قَبْرِهِ ، كَيْفَ يَرِثُهُ ^(١١) وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! أَمْ كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٢) . يَعْنِي إِنْ اسْتَلَحَقَهُ وَشَرَكَهُ فِي مِيرَاثِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلَدِهِ ، فَإِنْ اتَّخَذَهُ مَمْلُوكًا يَسْتَحْدِمُهُ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لَكُونِ الْمَاءِ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ .

فصل : وَإِذَا وَطَّئَ الرَّجُلُ جَارِيَةً وَلَدَهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَهَا ، وَتَمَلَّكَهَا ^(١٣) ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ وَطَّعَهَا ، وَلَا تَعَلَّقَتْ بِهَا حَاجَتُهُ ، فَقَدْ مَلَكَهَا الْأَبُ بِذَلِكَ ، وَصَارَتْ جَارِيَتَهُ ، وَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِي جَارِيَتِهِ الَّتِي مَلَكَهَا بِالشَّرَاءِ ^(١٤) . وَإِنْ وَطَّعَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرَوِجُهُمْ حَفِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ آتَبَعَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿ ^(١٥) . وَهَذِهِ لَيْسَتْ زَوْجًا لَهُ ، وَلَا مِلْكٌ يَمِينِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(١٦) .

(١٠) المجح : هي الحامل المُقَرَّبُ التي عظم بطنها .

(١١) في ١ ، ب ، م : « يَرِثُونَهُ » .

(١٢) تقدم تحريجه ، في : ٢٨١/١١ .

(١٣) في ب : « وَمَلَكَهَا » .

(١٤) في الأصل : « الْمُشْتَرَى » .

(١٥) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

(١٦) تقدم تحريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

فأضاف مال الابن إلى أبيه ، بلام المِلْك والاستحقاق ، فيُدلُّ^(١٧) على أنه ملكه . قلنا : لم يُرد النبي ﷺ حقيقة المِلْك ، بدليل أنه أضاف إليه الولد ، وليس بمملوك ، وأضاف إليه ماله في حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون الشيء مملوكاً للمالكين حقيقة في حال واحدة ، وقد يثبت^(١٨) المِلْك للولد^(١٩) حقيقة ، بدليل حل وطء إمامته ، والتصرف في ماله ، وصحة بيعه وهبته وعتيقه ، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قُدِّر له ، ولو كان ماله ، لا اختص به ، ولو مات الأب ، لم يرث ورثته مال ابنه ، ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه ، فعلم أن النبي ﷺ إنما أراد التجوز ، بتشبيهه بماله في بعض أحكامه^(٢٠) . إذا ثبت هذا ، فإنه لا حد على الأب ؛ للشبهة ؛ لأنه إذا لم يثبت حقيقة المِلْك ، فلا أقل من أن يكون شبهة تُدرأ الحد ، فإن الحد وتُدْرأ / بالشبهات ، ولكن يُعزَّر ؛ لأنه وطئ جارية لا يملكها ، وطئاً محرماً ، فكان عليه التعزير ، كوطء الجارية المشتركة . وفيه وجه آخر ، لا تعزير^(٢١) عليه ؛ لأن مال ولده كماله^(٢٢) . ولا يصح ؛ لأن ماله مباح له ، غير ملوم عليه ، وهذا الوطء هو عاد فيه ، ملوم عليه . وإن علقت منه ، فالولد حر ؛ لأنه من وطء ذري^(٢٣) فيه الحد لشبهة المِلْك ، فكان حراً ، كولد الجارية المشتركة ، ولا تلزمه قيمته ؛ لأن الجارية تصير ملكاً له بالوطء ، فيحصل غلوها بالولد وهي ملك له ، وتصير أم ولد له ، تعتق بموته ، وتنتقل إلى ملكه ، فيحل له وطؤها بعد ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لا تصير أم ولد له ، ولا يملكها ؛ لأنه استولدها في غير ملكه ، فأشبهه الأجنبي ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد ، إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته ، وهذه ليست مملوكته له ، ولا في معنى مملوكته ، فإنها محرمة عليه ، فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ، ولأن الأصل

٢٧٨/١١ و

(١٧) في م : « فدل » .

(١٨) في ١ ، ب : « ثبت » .

(١٩) في الأصل ، م : « لولده » .

(٢٠) في م : « الأحكام » .

(٢١) في ب ، م : « يعزر » .

(٢٢) في الأصل ، ١ : « كولده » .

(٢٣) في ب ، م : « ردى » .

الرَّقُّ^(٢٤)، فَيَقَى عَلَى الْأَصْلِ، وَلِأَنَّ الْوَطْءَ الْمُحَرَّمَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْمِلْكِ، الَّذِي هُوَ نِعْمَةٌ وَكَرَامَةٌ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى تَعَاطِي الْمُحَرَّمَاتِ. وَلَنَا، أَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ، لِأَجْلِ الْمِلْكِ، فَصَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ، كَالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَفَارَقَ وَطْءُ الْأَجْنَبِيِّ فِي هَذَا. إِذَا ثَبِتَ هَذَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا،^(٢٥) وَلَا قِيمَتُهَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا^(٢٦)، وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهَا بِفِعْلِ مُحَرَّمَ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهَا، فَقَدْ دَخَلَتْ قِيمَةُ الْبُضْعِ فِي ضَمَانِهَا، فَلَمْ يَضْمَنْ ثَانِيًا، كَمَا لَوْ قَطَعَ يَدَهَا فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهَا، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ النَّفْسِ دُونَ قِيمَةِ الْيَدِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ وَطْئًا مُحَرَّمًا، فَلَزِمَهُ مَهْرُهَا، كَالْأَجْنَبِيِّ، وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهُمَا، عَلَى الْقَوْلِ بِكَوْنِهَا أُمُّ وَلَدٍ، كَمَا يَلْزَمُ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قِيمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِه، إِذَا اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ. وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنْتَ / وَمَالُكَ لِأَبِيكَ». وَلِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَةُ وَلَدِهَا، فَلَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا، وَلَا قِيمَتُهَا، كَمَمْلُوكَتِهِ، وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ صَارَتْ بِهِ الْمَوْطُوءَةُ أُمُّ وَلَدٍ، لِأَمْرِ لَا يَخْتَصُّ بَعْضُهَا، فَأَشْبَهَ اسْتِيلَادَ مَمْلُوكَتِهِ.

فصل: فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ قَدْ وَطِئَ جَارِيَةً^(٢٦)، ثُمَّ وَطِئَهَا أَبُوهَ فَأَوْلَدَهَا؛ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي مَنْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ: إِنْ كَانَ الْأَبُ قَابِضًا لَهَا، وَلَمْ يَكُنِ الْإِبْنُ وَطِئَهَا، فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ فِيهَا شَيْءٌ. قَالَ الْقَاضِي: فَظَاهِرُ هَذَا، أَنَّ الْإِبْنَ إِنْ كَانَ قَدْ وَطِئَهَا، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَبِ بِاسْتِيلَادِهَا؛ لِأَنَّهَا تَحَرَّمَ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا بِوَطْءِ ابْنِهِ لَهَا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ بِحَالٍ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ. فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَا يَمْلِكُهَا، وَلَا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ. فَأَمَّا وَلَدُهَا، فَيَعْتَقُ عَلَى أَخِيهِ؛ لِأَنَّهُ ذُو رَحِمٍ مِنْهُ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ لَهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ، مِنْ غَيْرِ أَنْ تَحِلَّ لَهُ، كَمَا لَوْ^(٢٧) اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ الَّتِي وَطِئَهَا ابْنُهُ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ، مَعَ كَوْنِهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، فَكَذَلِكَ هُنَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَدْرَأُ فِيهِ الْحَدَّ لِشُبْهَةِ^(٢٨) الْمِلْكِ، فَصَارَتْ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ، كَمَا لَوْ لَمْ يَطْأَهَا الْإِبْنُ.

(٢٤) فِي الْأَصْلِ: «الْآلَةُ».

(٢٥) ٢٥-٢٥) سَقَطَ مِنْ: ب. نَقَلَ نَظْرَ.

(٢٦) فِي ١، ب، م. «جَارِيَتِهِ».

(٢٧) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ، ١.

(٢٨) فِي م: «بَشْبَهَةٌ».

فصل : وإن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه ، فهو زان ، يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحریم ، ولا تصير أم ولد له ، ويلزمه مهرها ، ولده يعتق على جدّه ؛ لأنه ابن ابنه ، إذا قلنا : إن ولده من الزنى يعتق على أبيه . وتحرّم الجارية على الأب على التأييد . ولا تجب^(٢٩) قيمتها على الابن ؛ لأنه لم يخرجها عن ملكه ، ولم يمنعه بيعها ، ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع . فإن استولدها الأب بعد ذلك ، فقد فعل محرماً ، ولا حدّ عليه ؛ لأنه وطئ صادف ملكاً ، وتصير أم ولد له ؛ لأنه استولد مملوكته ، فأشبهه مالو وطئ أمته المهرهونة .

فصل : وإن زوّج أمته ، ثم وطئها ، فقد فعل محرماً ، ولا حدّ عليه ؛ لأنها مملوكته ، ويعزّر . قال أحمد ، رضى الله عنه : يجلد ، ولا يرجم . يعنى أنه يعزّر بالجلد ؛ لأنه لو وجب^(٣٠) عليه الحد ، لوجب^(٣١) الرجم إذا كان / مُحَصَّنًا . فإن أولدها ، صارت أم ولده ؛ لأنه استولد مملوكته ، وتعتق بموته ، ولده حرٌّ ، وما ولدت بعد ذلك من الزّوج ، فحكمه حكم أمه .

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ، أو أخته ، أو ابنته ، لم يحل له وطؤها . فإن وطئها ، فلا حدّ عليه . في أصحّ الروايتين ؛ لأنها مملوكته ، ويعزّر . فإن ولدت ، فالولد حرٌّ ، ونسبه لاحق به ، وهى أم ولده . وكذلك لو ملك أمة مجوسية ، أو وثنية ، فاستولدها ، أو ملك الكافر أمة^(٣١) مسلمة فاستولدها ، فلا حدّ عليه ، ويعزّر ، ويلحقه نسب ولده ، وتصير أم ولد له ، تعتق بموته ؛ لما ذكرنا . وكذلك لو وطئ أمته المهرهونة ، أو وطئ ربّ المال أمة من مال المضاربة فأولدها ، صارت له بذلك أم ولد ، وخرجت من الرهن والمضاربة ، وعليه قيمتها للمرتهن ، تُجعل مكانها رهناً ، أو توفية عن دين الرهن ، وتنفسخ المضاربة فيها . وإن كان فيها ربح ، جعل الربح في مال المضاربة . والله أعلم .

(٢٩) في م زيادة : « بسبب » .

(٣٠ - ٣١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣١) سقط من : ب .

٢٠١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَلِقَتْ مِنْهُ بَحْرٌ فِي مَلِكِهِ ، فَوَضَعَتْ بَعْضَ مَا يَتَبَيَّنُ ^(١) فِيهِ خَلْقُ الْإِنْسَانِ ، كَانَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٌ)

ذكر الخِرَقِيُّ لمَصِيرِهَا أُمٌّ وَلَدٌ شَرْطًا ثَلَاثَةً ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَعْلَقَ مِنْهُ بَحْرٌ . فَأَمَّا إِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ ، وَيَتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي الْمَلِكِ فِي ^(٢) مَوْضِعَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِي الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ . فَإِنَّهُ إِذَا وَطِئَ أُمَّتَهُ وَاسْتَوْلَدَهَا ، فَوَلَدَهُ مَمْلُوكٌ ، وَلَا تَصِيرُ الْأُمَّةُ أُمٌّ وَلَدٌ يَنْبُتُ لَهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ بِذَلِكَ ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّسَرُّى بِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ . وَالثَّانِي ، إِذَا اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ أُمَّتَهُ ، فَإِنَّ وَلَدَهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، وَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَإِنَّهُ لَا تَنْبُتُ لَهَا أَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِهِ فِي الْحَالَيْنِ ^(٣) ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَيْسَ بِبَحْرٍ ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَيْسَ بِبَحْرٍ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا تَحْرُرَ هِيَ . وَمَتَى عَجَزَ الْمُكَاتَبُ ، وَعَادَ إِلَى الرَّقِّ ، أَوْ مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ ، فَهِيَ أُمَةٌ قَرْنٌ ، كَأُمَةِ الْعَبْدِ الْقَرْنِ . وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ بَيْعَهَا ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا ؟ فِيهِ اخْتِلَافٌ ، ذَكَرَ / الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ لَا يَنْبُتُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْاسْتِيلَادِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٌ بِحَالٍ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ فِي مَلِكٍ غَيْرِ تَامٍّ ، فَلَمْ يَنْبُتْ لَهَا ^(٤) شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْاسْتِيلَادِ ، كَأُمَةِ الْعَبْدِ الْقَرْنِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا مَوْقُوفَةٌ ، لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا ، وَلَا نَقْلَ الْمَلِكِ فِيهَا ، فَإِنْ عَتَقَ ، صَارَتْ لَهُ أُمٌّ وَلَدٌ ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، فَيَنْبُتُ لَهَا مِنْ حُرْمَةِ الْاسْتِيلَادِ ، مَا يَنْبُتُ لَوَلَدِهَا مِنْ حُرْمَةِ الْحُرِّيَّةِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى مَنْعِ بَيْعِهَا ، وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ تَعْلَقَ مِنْهُ فِي مَلِكِهِ ، سَوَاءً كَانَ ^(٥) مِنْ وَطْءٍ ^(٥) مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ، مِثْلَ الْوَطْءِ فِي الْحَيْضِ ، أَوْ النَّفَاسِ ، أَوْ الصَّوْمِ ، أَوْ الْإِحْرَامِ ، أَوْ الظُّهَارِ ، أَوْ غَيْرِهِ . فَأَمَّا إِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ ، لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٌ ، سَوَاءً عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ ، أَوْ غُرٌّ مِنْ أُمَةٍ ، وَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَاسْتَوْلَدَهَا ، أَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاسْتَوْلَدَهَا ، فَبَانَتْ مُسْتَحَقَّةً ، فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، وَلَا تَصِيرُ

(١) فِي ب ، م : « يَسْتَبِين » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « الْحَال » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِهَا هَذَا » .

(٥-٥) فِي أ ، ب : « بَوَء » .

الأمّة أم ولد في هذه المواضع بحال . وفيه وجه آخر ، أنّه إن ملكها بعد ذلك ، صارت أم ولد . وقد ذكرنا^(٦) الخلاف في ذلك ، في المسألة التي قبل هذه . والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ، ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأمّا انتفاؤه عند انتفائها ، فيذكر في مسائل مفردة لها . الشرط الثالث ، أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان ؛ من رأس ، أو يد ، أو رجل ، أو تحطيط ، سواء وضعته حياً أو ميتاً ، وسواء أسقطته ، أو كان تاماً . قال عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه : إذا ولدت الأمّة من سيدها ، فقد عتقت وإن كان سقطاً^(٧) ، وروى الأثرم ، بإسناده عن ابن عمر ، أنّه قال : أعتقها ولدها ، وإن كان سقطاً . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : أم الولد ، إذا أسقطت ، لا تعتق ؟ فقال : إذا تبين فيه يد / أو رجل ، أو شيء من خلقه ، فقد عتقت . وهذا قول الحسن ، والشافعي . وقال الشعبي : إذا تلبّث^(٨) في الخلق الرابع ، فكان مخلصاً ، انقضت به عده الحرة ، واعتقت به الأمّة . ولا أعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد . فأما إن ألقت نطفة ، أو علقة ، لم يثبت به شيء من أحكام الولادة ؛ لأن ذلك ليس بولد . وروى يوسف بن موسى ، أن أبا عبد الله قيل له : ما تقول في الأمّة إذا ألقت مضغة أو علقة ؟ قال : تعتق . وهذا قول إبراهيم النخعي . وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمي ، فشهدت من القوايل ، أن فيها صورة خفية ، تعلقت بها الأحكام ؛ لأنهن أطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن . وإن لم يشهدن بذلك ، لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي ؛ إماماً بشهادتهن ، أو غير ذلك ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا نصير به الأمّة أم ولد ، ولا تنقض به عده الحرة ، ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ، ولا الكفارة . وهذا ظاهر كلام الخرقى ، والشافعي ، وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد ، رضي الله عنه ، وظاهر قول^(٩) الحسن ، والشعبي ، وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه من^(١٠) خلق

و ٢٨٠/١١

(٦) في ١ ، ب : « ذكر » .

(٧) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطا أمته بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦١/٢ .

(٨) في زيادة : « ولدها » .

(٩) في الأصل : « انكس » .

(١٠) في ب ، م : « كلام » .

(١١) سقط من : ب ، م .

الآدَمِيَّ^(١٢) ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَبْنِ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّ ، أَشْبَهَ النُّطْفَةَ وَالْعَلَقَةَ . وَالثَّانِيَّةُ ، تَتَعَلَّقُ بِهِ^(١٣) الْأَحْكَامُ الْأَرْبَعَةُ ؛ لَأَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ إِذَا تَبَيَّنَ . وَخَرَجَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ رَوَايَةً ثَالِثَةً ، وَهُوَ أَنَّ الْأُمَّةَ تَصِيرُ بِذَلِكَ أُمًّا وَلَدًا ، وَلَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةَ الْحُرَّةِ ؛ لَأَنَّهُ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي الْأُمَّةِ إِذَا وَضَعْتَ ، فَمَسَّتْهُ الْقَوَائِلُ ، فَعَلِمَنَّ أَنَّهُ لَحْمٌ ، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ لَحْمُهُ : تَحْتَاطُ^(١٤) فِي الْعِدَّةِ بِأُخْرَى ، وَيَحْتَاطُ بِعِتْقِ الْأُمَّةِ . وَظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّهُ حَكَمَ بِعِتْقِ الْأُمَّةِ ، وَلَمْ يَحْكَمْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الْأُمَّةِ يَحْصُلُ لِلْحُرَّةِ ، فَاحْتِيطَ بِتَحْصِيلِهَا ، وَالْعِدَّةُ تَتَعَلَّقُ بِهَا تَحْرِيمُ التَّزْوِيجِ^(١٥) وَحُرْمَةُ الْفَرْجِ ، فَاحْتِيطَ بِإِبْقَائِهَا . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ بِالْعَكْسِ : لَا تَجِبُ الْعِدَّةُ ، وَلَا تَصِيرُ الْأُمَّةُ أُمًّا وَلَدًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَيَبْقَى عَلَى أَصْلِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ كَانَتْ^(١٦) ثَابِتَةً ، وَالْأَصْلُ بِقَاوُهَا عَلَى مَا كَانَتْ^(١٧) عَلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْآدَمِيِّ الْحُرَّةِ ، فَنُغْلِبُ مَا يُفْضِي إِلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٨٠/١١ ظ

٢٠١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ ، فَقَدْ صَارَتْ حُرَّةً ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا)

يَعْنِي أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ رَأَى عِتْقَهُنَّ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِيهِ خِلَافًا . وَسَوَاءٌ وَلَدَتْ فِي الصَّحَّةِ أَوْ الْمَرْضَى ؛ لَأَنَّهُ حَاصِلٌ بِالتَّذَاذِهِ وَشَهْوَتِهِ ، وَمَا يُثْلِفُهُ فِي لَذَائِهِ وَشَهْوَاتِهِ^(١) ، يَسْتَوِي فِيهِ حَالُ الصَّحَّةِ وَالْمَرْضَى ،^(٢) كَالَّذِي يَأْكُلُهُ وَيَلْبَسُهُ ، وَلَئِنْ عِتَقَهَا بَعْدَ^(٣) الْمَوْتِ ، وَمَا يَكُونُ بَعْدَ^(٤) الْمَوْتِ يَسْتَوِي فِيهِ الْمَرْضُ وَالصَّحَّةُ^(٥) ، كَقَضَاءِ الدِّيُونِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ

(١٢) فِي م : « الْإِنْسَانُ » .

(١٣) فِي ب : « بِهَا » .

(١٤) فِي أ ، ب : « فَاحْتَاطُ » .

(١٥) فِي ب ، م : « التَّزْوِيجُ » .

(١٦-١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَشَهْوَتُهُ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .

مَنْ رَأَى عِتْقَهُنَّ . قَالَ سَعِيدٌ^(٤) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، قَالَ : أَدْرَكَ ابْنَ عَمْرِو بْنِ رَجُلَانِ ، فَقَالَ : إِنَّا تَرَكْنَا هَذَا الرَّجُلَ يَبِيعُ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . يَعْنِيانِ ابْنَ الزُّبَيْرِ . فَقَالَ ابْنُ عَمْرٍو : أَتَعْرِفَانِ أَبَا حَفْصٍ ؟ فَإِنَّهُ قَضَى فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ أَنْ لَا يُبْعَنَ ، وَلَا يُوهَبَنَ ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا صَاحِبُهَا ، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ . وَقَالَ^(٥) : حَدَّثَنَا غِيَاثٌ ، عَنْ خُصَيْفٍ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ عَمْرٌو ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ كَانَ يُقْرِئُ بَأْتَهُ يَطَأُ جَارِيَتَهُ ، وَيَمُوتُ^(٦) ، إِلَّا أَعْتَقَهَا إِذَا وَلَدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا .

فصل : ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، في هذا ، في قول^(٧) أهل الفتوى^(٨) من أهل الأمصار ؛ لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب ، استويا في حكمه .
 وَرَوَى سَعِيدٌ^(٩) ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَبِي عَطِيَّةَ^(١٠) :
 الْهَمْدَانِيُّ ، أَنَّ عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ : إِنْ أُسْلِمَتْ وَأُحْصِنَتْ وَعَقْتُ ، أُعْتِقْتُ ، وَإِنْ كَفَرَتْ وَفَجَرَتْ وَغَدَرَتْ ، رَقْتُ . وَقَالَ^(١١) :
 حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا يَحْيَى عَنْ أُمِّ وَلَدِ رَجُلٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَكُتِبَ فِي ذَلِكَ إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَكُتِبَ^(١٢) عَمْرُ^(١٣) : يَبِيعُهَا^(١٤) بِأَرْضٍ لَيْسَ بِهَا^(١٥)

(٤) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .
 كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتدله ، وباب الخلاف في أمهات الأولاد ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٣/١٠ ، ٣٤٨ . وعبد الرزاق ، في باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٩٢/٧ ، ٣٩٣ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥٨٦ .

(٦) سقطت الواو من : ١ ، ب . وفي السنن : « ثم يموت » .

(٧) في م زيادة : « أئمة » .

(٨) في الأصل : « التقوى » .

(٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(١٠) أى : مالك بن عامر .

(١١) في الباب نفسه . السنن ٦٢/٢ ، ٦٣ .

(١٢) في م : « وكتب » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤-١٥) في م : « ليسها » .

أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ دِينِهَا . وَإِذَا كَانَ مَبْنَى عِتْقِ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى قَوْلِ عَمَرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،
وَقَدْ قَالَ هَذَا الْقَوْلُ ، فَيَتَّبَعِي أَنْ يَخْتَصَّ الْعِتْقُ بِالْمُسْلِمَةِ الْعَفِيفَةِ / دُونَ^(١٥) الْكَافِرَةِ ٢٨١/١١ و
الْفَاجِرَةِ ؛ لِإِتْفَاءِ الدَّلِيلِ الَّذِي ثَبَّتَ بِهِ عِتْقُهُنَّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا صَارَتِ الْأُمَّةُ أُمًّا^(١) وَلَدٌ ،^(٢) بِمَا وَصَفْنَا ، ثُمَّ
وَلَدَتْ^(٣) مِنْ غَيْرِهِ ، كَانَ لَهُ حُكْمُهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا)

وجملته أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها ، من زوج أو
غيره ، فحكم ولدها حكمها ، في أنه يعتق بموت سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات ما
يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال أحمد ، رضى الله عنه : قال ابن عمر ، وابن
عبّاس ، وغيرهما : ولدها بمنزلة أمها^(٤) . ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم
الاستيلاء ، إلا أن عمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنه ، قال : هم عبيد . فيحتمل أنه أراد
أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ؛ لأن الاستيلاء مختص^(٥) بها ، فيختص بحكمه . كولد من
علّق عتقها بصفة . ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد ، حكمهم حكم أمهم ، مثل قول
الجماعة ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرّق والحرية ، فيتبعها في سببه^(٥) إذا كان متأكدا ، كولد
المكاتبة والمدبرة ، بل ولد أم الولد أولى ؛ لأن سبب العتق فيها مستقر ، ولا سبيل إلى
إبطاله بحال . فإن ماتت أم الولد قبل سيدها ، لم يطل حكم الاستيلاء في الولد ، وتعتق
بموت سيدها ؛ لأن السبب لم يطل ، وإنما لم^(٦) تثبت الحرية فيها ؛ لأنها لم تنق محلا .
وكذلك ولد المدبرة ، لا يطل الحكم فيه بموت أمه . وأما ولد المكاتبة إذا ماتت ، فإنه

(١٥) في الأصل ، أ ، ب : « ويرق » .

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه عن ابن عمر البيهقي ، في : باب ولد أم الولد من غير سيدها بعد الاستيلاء ، من كتاب عتق أمهات الأولاد .

السنن الكبرى ١٠/٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(٤) في أ ، ب : « يختص » .

(٥) في الأصل : « نسبه » . وفي أ : « السببية » .

(٦) سقط من : ب ، م .

يعود زقيفاً ؛ لأنَّ العَقْدَ يَبْطُلُ بِمَوْتِهَا ، فلم يَبْقَ حُكْمُهُ فِيهِ . وقد ذَكَرْنَا فِي هَذَا إِخْلَافًا فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أُعْتِقَ السَّيِّدُ أُمَّ الْوَلَدِ ، أَوِ الْمُدَبَّرَةَ ، لَمْ^(٧) يَعْتَقْ وَلَدُهَا ، لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ السَّبَبِ^(٨) الَّذِي تَبِعَهَا فِيهِ ، وَيَبْقَى عِتْقُهُ مَوْفُوفًا عَلَى مَوْتِ سَيِّدِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أُعْتِقَ وَلَدُهَا ، لَمْ يَعْتَقْ بِعِتْقِهِ . وَإِنْ أُعْتِقَ الْمُكَاتَبَةُ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، وَسُفْيَانُ ، وَإِسْحَاقُ : الْمُكَاتَبَةُ إِذَا أَدَّتْ أَوْ أُعْتِقَتْ ، عَتَقَ وَلَدُهَا ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةُ إِذَا أُعْتِقَتْ ، لَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا حَتَّى يَمُوتَ السَّيِّدُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ وَلَدَ / الْمُكَاتَبَةِ يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ بِإِعْتِاقِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَالِهَا ، يَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، فَيَتَّبِعُهَا إِذَا أُعْتِقَهَا كَالِهَا ، وَلَئِنْ إِعْتِاقُهَا يَمْنَعُ أَدَاءَهَا بِسَبَبٍ مِنَ السَّيِّدِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَبْرَأَهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ .

ظ ٢٨١/١١

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ اسْتِيلَادِهَا ، وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ تَذْيِيرِهَا ، وَالْمُكَاتَبَةُ قَبْلَ كِتَابَتِهَا ، فَلَا يَتَّبِعُهَا ؛ لِوُجُودِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ السَّبَبِ فِيهَا ، وَزَوَالِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ عَنْهُ قَبْلَ تَحْقِيقِ السَّبَبِ فِي أُمِّهِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ الْمُنْجَزِ ، فَفِي السَّبَبِ أُولَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ التَّذْيِيرِ رَوَاتَيْنِ ، فَيُخَرِّجُ هُنَا مِثْلَهُ ، وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُنفَصِلَ لَا يَتَّبِعُهَا فِي عِتْقٍ ، وَلَا بَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا زَهْنٍ ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، سِوَى الْإِسْلَامِ ، بِشَرْطِ كَوْنِهِ صَغِيرًا ، فَكَيْفَ يَتَّبِعُ فِي التَّذْيِيرِ ! وَلَئِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا قِيَاسَ يَقْتَضِيهِ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ .

٢٠١٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ ، مُنِعَ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلَذُّذِ بِهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا . فَإِذَا أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، عَتَقَتْ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَافِرَ يَصِحُّ مِنْهُ الْاسْتِيلَادُ لِأُمِّتِهِ ، كَمَا يَصِحُّ مِنْهُ عِتْقُهَا . وَإِذَا اسْتُؤْلِدَ الذَّمُّ أُمِّتَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، لَمْ تَعْتَقْ فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَعْتَقُ ، إِذَا لَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهَا ، وَلَا إِلَى إِقْرَارِ مَلِكِهِ عَلَيْهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِثْبَاتِ مِلْكِ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَالْأَمَةِ الْقِنِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تُسْتَسْعَى ، فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ جَمْعُ عَابِلَيْنِ الْحَقِّينَ ؛ حَقُّهَا فِي أَنْ لَا يَبْقَى مِلْكُ الْكَافِرِ عَلَيْهَا ، وَحَقُّهُ فِي حُصُولِ عَوَضِ مَلِكِهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمُّ وَلَدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِسْلَامٌ طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ عِتْقًا ، وَلَا سِعَايَةً ، كَالْعَبْدِ الْقِنِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ مُجَرَّدٌ

(٧) فِي أ ، ب : « لَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « النَّسَب » .

حَكْمَةٍ لَمْ يُعْرِفْ مِنَ الشَّارِعِ اعْتِبَارُهَا ، وَيُقَابِلُهَا ^(١) ضَرَرٌ ، فَإِنْ فِي عِقَابِهَا مَجَانًا إِضْرَارًا بِالْمَالِكِ ، بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ / بغير ^(٢) عَوَضٍ ، وَفِي الْاسْتِسْعَاءِ الْإِزَامُ لَهَا بِالْكَسْبِ بغير رضاها ، وَتَضْيِيعُ لِحَقِّهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِحَالَةً عَلَى سِعَايَةٍ لَا تُدْرَى هَلْ يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَوْ ^(٣) لَا ؟ وَإِنْ حَصَلَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ يَسِيرًا ، فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَجُودُهُ قَرِيبٌ مِنْ عَدَمِهِ ، وَالْحَقُّ أَنَّ يَبْقَى الْمَلِكُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَيُمنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلَذُّذِ بِهَا ، كَمَا لَا يَطْأُهَا وَيَبْتَدِلُهَا وَهُوَ مُشْرِكٌ ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَيُمنَعُ الْحُلُوةُ بِهَا ، لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ ، وَيُجَبَّرَ عَلَى تَفَقُّطِهَا عَلَى التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَمَنْعُهُ مِنْ وَطْئِهَا بغير مَعْصِيَةٍ مِنْهَا ، فَأُشْبِهَتْ الْحَائِضُ وَالْمَرِيضَةُ ، وَتُسَلَّمُ إِلَى امْرَأَةٍ ثَقِيَّةٍ ، تَكُونُ عِنْدَهَا ، لِتَحْفَظَهَا ، وَتَقُومَ بِأَمْرِهَا ، وَإِنْ اخْتَانَتْ إِلَى أَجَرٍ ، أَوْ أَجَرَ مَسْكِنٍ ، فَعَلَى سَيِّدِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ تَفَقُّطَهَا فِي كَسْبِهَا ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهَا . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ تَفَقُّطِهَا ، فَهَلْ يَلْزَمُ سَيِّدَهَا تَمَامُ تَفَقُّطِهَا ^(٤) ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَنَحْنُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَفَقُّطَهَا عَلَى سَيِّدِهَا ، وَكَسْبِهَا لَهُ ، يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ عَلَيْهِ تَفَقُّطُهَا ^(٥) عَلَى التَّمَامِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا كَسْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ ^(٦) ، وَلَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يُسْقِطُ تَفَقُّطَهَا ^(٧) ، وَلَا يَمْلِكُ بِهِ كَسْبُهَا ، فَأُشْبِهَتْ أُمَّتُهُ الْقَرْنُ ، أَوْ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَلِأَنَّ الْمَلِكَ سَبَبٌ لَهُذَيْنِ الْحُكْمَيْنِ ، وَالْحَادِثُ مِنْهُمَا لَا يَصْلُحُ مَانِعًا ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيلَا لَا يَمْنَعُ مِنْهَا ، بِدَلِيلِ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَالْإِسْلَامُ لَا يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ وَجَدَ قَبْلَ وَلَا دَيْتَهَا ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَلْزَمْهُ تَفَقُّطُهَا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، أَفْضَى إِلَى هَلَاكِهَا وَضَيَاعِهَا ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَاضِلَ كَسْبِهَا ، فَيَلْزِمُهُ فَضْلُ تَفَقُّطِهَا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ .

٢٠١٨ - مسألة ^(١) ؛ قال : (وَإِذَا عَتَقْتُ ^(٢) أُمَّ الْوَلَدِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَمَا كَانَ فِي

(١) فِي م : « وَفَاقُهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

(٣) فِي ب : « أَمْ » .

(٤) فِي ب : « نَقَصَهَا » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ : ب .

(٢) فِي أ : « أَعْتَقْتُ » .

يَدَهَا مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ لَوَرَثَةِ سَيِّدِهَا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ أُمَّةٌ ، وَكَسَبَهَا سَيِّدُهَا ^(٣) ، وَسَائِرُ مَا فِي يَدِهَا لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا فَعَتَقْتُ ، انْتَقَلَ مَا فِي يَدِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ ، وَكَافِيَ يَدَ الْمُدَبِّرَةِ ، وَتُخَالِفُ الْمَكَاتِبَةَ ؛ فَإِنَّ كَسَبَهَا فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا لَهَا ، فَإِذَا عَتَقْتُ ، بَقِيَ لَهَا ، كَمَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ .

٢٠١٩ - مسألة : قال : (وَلَوْ أَوْصَى لَهَا بِمَا فِي يَدِهَا ، كَانَ لَهَا ، إِذَا اخْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ)

وجملته أن الوصية لأُمِّ الْوَلَدِ تصحُّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ الْقَائِلِينَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الْاِسْتِيلَادِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَدْ رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ هُشَيْمٍ ، حَدَّثَنَا حُمَيْدٌ ، عَنِ الْحَسَنِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، أَوْصَى لِأُمِّهِاتِ أَوْلَادِهِ ^(١) بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ^(٢) أَرْبَعَةَ آلَافٍ ^(٢) . وَلِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ حُرَّةٌ فِي حَالِ نَفُوذِ الْوَصِيَّةِ لَهَا ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا يَنْتَجِزُ بِمَوْتِهِ ، فَلَا تَقَعُ الْوَصِيَّةُ لَهَا إِلَّا فِي حَالِ حُرِّيَّتِهَا . وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا اخْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ . فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لَا تَلَزِمُ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ فَمَا دُونََ ، وَهَذَا مِنْهَا ، وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ جَازَ ، وَإِلَّا رُدَّ إِلَى الْوَرَثَةِ . وَلَا تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَلَا تُحْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَقَضَاءِ الدُّيُونِ ، وَأَدَاءِ الْوَاجِبَاتِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى ^(٣) لِمُدَبِّرِهِ أَوْ مُدَبِّرَتِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ، إِلَّا أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ وَمَا أَوْصَى لَهُ بِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَبَرُّعٌ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْوَصِيَّةِ . فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلَاثِ عَتَقَ ، وَكَانَ مَا أَوْصَى بِهِ لَهُ ، وَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ فِي حَالِ حُرِّيَّتِهِ ، فَأَشْبَهَتْ الْوَصِيَّةَ لِأُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثَّلَاثِ ، اعْتُبِرَتْ قِيَمَتُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، لِيَعْتَقَ دُونَ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، عَتَقَ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَلَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ تَمَامُ الثَّلَاثِ ، وَيَقِفُ مَا زَادَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ .

(٣) سقط من : الأصل .

(١) في ب : « الأولاد » .

(٢-٢) في م : « درهم » .

وتقدم تخريجه ، في : ٥٢٠/٨ .

(٣) في ج ، م : « أوصى » .

٢٠٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ عَنْ أُمِّ وَلَدِهِ ، فَعِدَّتُهَا حَيْضَةٌ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءَ نَفْسِهَا ، لَخُرُوجِهَا/عَنِ^(١) مِلْكِ سَيِّدِهَا ٢٨٣/١١
الَّذِي كَانَ يَطُوعُهَا ، فَكَانَ ذَلِكَ بِحَيْضَةٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا فِي حَيَاتِهِ . وَإِنَّمَا سَمَّى
الْخُرْقَى هَذَا عِدَّةً ؛ لِأَنَّ الاسْتِبْرَاءَ أَشْبَهَ الْعِدَّةَ فِي كَوْنِهِ يَمْنَعُ النِّكَاحَ ، وَتَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ
بِرَآءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعِدَّةِ ، وَالْخِلَافِ فِيهَا فِيمَا^(٢) مَضَى^(٣) .

٢٠٢١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ ، فَذَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ دُونِهَا)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَّتْ ، تَعَلَّقَ أَرَشُ جِنَايَتِهَا بِرَقَبَتِهَا ، وَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَقْدِيَهَا بِأَقْلَ
الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ^(١) أَرَشِ جِنَايَتِهَا^(٢) . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ
الْعَزِيزِ قَوْلًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَقْدِيهَا بِأَرَشِ جِنَايَتِهَا بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهَا فِي الْجِنَايَةِ ،
فَلَزِمَهُ أَرَشُ جِنَايَتِهَا بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ، كَالْقِنِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ : لَيْسَ عَلَيْهِ
فِدَاؤُهَا ، وَتَكُونُ جِنَايَتُهَا فِي ذِمَّتِهَا ، تُتَّبَعُ بِهَا إِذَا عَتَقَتْ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا ، فَلَمْ
^(٣) يَكُنْ^(٤) عَلَيْهِ فِدَاؤُهَا كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ كَسَبُهَا ، لَمْ يُسَلِّمْهَا ، فَلَزِمَهُ أَرَشُ
جِنَايَتِهَا ، كَالْقِنِّ ، لَا تَلْزِمُهُ زِيَادَةُ عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ
مَنْعَ ذَلِكَ ؛ لِكُونِهَا لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَلَا لِنَقْلِ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَفَارَقَ^(٥) الْقِنِّ إِذَا لَمْ
يُسَلِّمْهَا ، فَإِنَّهُ^(٥) أَمْكَنَ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِلْبَيْعِ ، فَرِيًّا زَادَ فِيهَا مَزِيدًا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ؛ فَإِذَا امْتَنَعَ
مَالِكُهَا مِنْ تَسْلِيمِهَا ، أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الْأَرَشَ بِكَمَالِهِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ فِيهَا ؛
فَإِنْ بَيْعَهَا غَيْرُ جَائِزٍ ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٢) فِي ١ ، ب ، م : « عَلَى مَا » .

(٣) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي : ٢٠٩/١١ .

(١ - ١) فِي م : « دُونِهَا » .

(٢) فِي ١ : « أَعْتَقَتْ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « فَمَا يَكُون » .

(٤) فِي م : « وَفَارَقَتْ » .

(٥) فِي م زِيَادَةً : « إِنْ » .

فصل : وإذا مائت قبل فدائها ، فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلق بدمته شيء ، وإنما تعلق برقيتها ، فإذا مائت سقط الحق ؛ لتلف متعلقه . وإن نقصت قيمتها قبل فدائها ، وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ؛ لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء ، فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها . وإن زادت قيمتها ، زاد فداؤها ؛ لأن متعلق الحق زاد ، فزاد الفداء بزيادته ، كالرقيق / القن . ويتبع أن تحسب قيمتها معيبة بعيب^(٦) الاستيلاء ؛ لأن ذلك ينقصها^(٧) ، فاعتبر كالمرضى^(٨) وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون^(٩) مقدراً بقيمتها^(٩) في حال كونها أم وليد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد ، إلا أنها يجوز بيعها ، في رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها . وإن امتنع منه ، فهل يفديها بأقل الأمرين ، أو يلزمه أرض الجناية بالغا ما بلغ^(١٠) ؟ يخرج على روايتين .

فصل : وإن كسبت بعد جنايتها شيئاً ، فهو لسيدها ؛ لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه . وإن ولدت ، فهو لسيدها أيضاً ؛ لأنه منفصل عنها ، فأشبه الكسب . وإن فداها في حال حملها ، فعليه قيمتها حاملاً ؛ لأن الولد متصل بها ، فأشبه سمنها^(١١) . وإن أثلفها سيدها ، فعليه قيمتها ؛ لأنه أثلف حق غيره ، فأشبه ما لو أثلف الرهن . وإن نقصها ، فعليه نقصها ؛ لأنه لما ضمن العين ، ضمن أجزائها . والله أعلم .

٢٠٢٢ — مسألة ؛ قال : (فإن عادت فجنت ، فداها ، كما وصفت)
وجملته أن أم الولد إذا جنت جنایات ، لم تحل من أن تكون الجنایات كلها قبل فداء

(٦) في ١ : « لبيب » .

(٧) في ب ، م : « نقصنها » .

(٨) في الأصل : « كالمرضى » . وفي ١ : « المرض » .

(٩-٩) في ب ، م : « مقدار قيمتها » .

(١٠) في الأصل : « بلغت » .

(١١) في م : « سمنها » .

شيء منها أو بعده^(١) ؛ فإن كانت كُلاً^(٢) قبل الفداء ، تعلق أرض الجميع برقيتها ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها ، أو أرض جميعها ، وعليه الأكل منهما ، وبشترك المجنئ عليهم في الواجب لهم ، فإن وقى بها ، وإلا تحاصوا فيه بقدر أروش جنائياتهم . وإن كان الثاني بعد فدائه^(٣) من الأولى ، فعليه فداؤه^(٤) من التي بعدها ، كما فدى الأولى . وقال أبو الخطّاب ، عن أحمد ، رضي الله عنه ، رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة ، لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ؛ لأنها جانية^(٥) ، فلم يلزمه أكثر من قيمتها ، كما لو لم يكن فداها . وقال الشافعي ، رضي الله عنه ، في أحد قوليه : لا يضمّمها ثانياً ، ويشارك الثاني الأول فيما أخذه ، كما لو كانت الجنائيات قبل فدائها . ولنا ، أنها أم / وليد جانية ، فلزمه فداؤها ، ٢٨٤/١١ كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنائيته ، أخذه بحق ، فلم يجز أن يشاركه غيره فيه ، كأرض جنابة الحر ، أو الرقيق القن ، وفارق ما قبل الفداء ؛ لأن أرض الجنائيات تعلق برقيتها في وقت واحد ، فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة ، كما لو كانت الجنائيات على واحد ..

فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه ، توفّر الواجب على الباقي ، إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجنابة المعفو عنها بعد فدائه ، توفّر أرضها على سيدها . والله أعلم .

٢٠٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَوَصِيَّةُ الرَّجُلِ لِأُمِّهِ وَلَدِهِ وَإِلَيْهَا جَائِزَةٌ)

أما الوصية لها ، فقد ذكرناها . وأما الوصية إليها ، فجائزة ؛ لأنها في حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت زوجته ، أو غيرها من النساء . ويُعتبر لصحة الوصية إليها ، ما يُعتبر في غيرها ؛ من العدالة ، والعقل ، وسائر الشروط . وسواء كانت الوصية على أولادها ، أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه ، أو قضاء دينه ، أو إمضاء وصيته ، أو غير ذلك .

(١) في الأصل ، ١ ، ب : « بعدها » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « فدائها » .

(٤) في م : « فداؤها » .

(٥) في الأصل : « جنابة » .

٢٠٢٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ تَرْوِيجُهَا ، وَإِنْ كَرِهَتْ)

وجملته أن للرجل ترويج أم ولده، أحب ذلك أم كرهت . وهذا قال أبو حنيفة ، رضي الله عنه . وهو أحد قولَي الشافعي ، واختيار المزي . وقال في القديم : ليس له ترويجها إلا برضاها ؛ لأنها قد ثبت لها حكم الحرية ، على وجه لا يملك السيد إبطالها ، فلم يملك ترويجها بغير رضاها ، كالمكاتبة . وقال في الثالث : ليس له ترويجها ، وإن رضيته ؛ لأن ملكه فيها قد ضعف ، وهي لم تكمل ، فلم يملك ترويجها ، كالتيمة . وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روى عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه قيل له : إن مالكا لا يرى ترويجها . فقال : وما صنعت بمالك ؟ هذا ابن عمر ، وابن عباس ، يقولان : إذا ولدت من غيره ، كان لولدها حكمها^(١) . ولنا ، أنها أمة يملك الاستمتاع بها ، واستخدامها ، فملك ترويجها ، كالقن ، وفارق^(٢) المكاتبة ، فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث فاسد / ؛ لذلك ، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه . وقولهم : يزوجه الحاكم . لا يصح ؛ فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي ، أو غيبته ، أو عذله ، ولم يوجد واحد منها . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا تزوجها فالمهر له ؛ لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له . وإذا عتقت بموته ، فإن كان زوجها عبدا ، فلها الخيار ؛ لأنها^(٣) عتقت تحت عبده ، وإن كان حرا ، فلا خيار لها .

ظ ٢٨٤/١١

٢٠٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَهَا)

هذا قول أكثر أهل العلم . وقد روى عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه عليه الحد ؛ لأن ذلك يروى عن ابن عمر^(١) . ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها ، فأشبهت الحرّة . والأول أصح ؛ لأنها أمة ، حكمها حكم الإماء ، في أكثر أحكامها ، ففي الحد أولى ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتاط لإسقاطها ، ولأنها أمة تعتق

(١) تقدم تخرجه ، في صفحة ٥٩٩ .

(٢) في م : « وفارقت » .

(٣) في ب ، م : « ولأنها » .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الفرية على أم الولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٣٩/٧ . وابن أبي شيبة ، في :

باب من قال : يضرب قاذف أم الولد ، من كتاب الحدود . المصنف ٥٠٧/٩ .

بالموت ، أَشْبَهَتْ الْمُدْبِرَةَ ، وَتَفَارَقُ الْحُرَّةُ ، فَإِنَّهَا كَامِلَةٌ .

فصل : وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْحُرَّةِ بِقَتْلِهَا ؛ لِعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ لَهَا رَقِيقًا ، وَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أَكْمَلُ مِنْهُ . وَإِنْ جَنَّتْ عَلَى عِيدٍ أَوْ أُمَةٍ ، جَنَايَةً فِيهَا الْقِصَاصُ ، لَزِمَهَا الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ ، أَحْكَامُهَا أَحْكَامُ الْإِمَاءِ ، وَاسْتِحْقَاقُهَا الْعِتْقَ لَا يَمْنَعُ الْقِصَاصُ ، كَالْمُدْبِرَةِ .

٢٠٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ صَلَّتْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ، كُرِهَ لَهَا ذَلِكَ ، وَأُجْزَأَهَا)

إِنَّمَا كُرِهَ لَهَا كَشْفُ رَأْسِهَا فِي صَلَاتِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَخَذَتْ شِبْهًا مِنَ الْحَرَائِرِ ، لَا مِتْنَاعَ بَيْنِهَا . وَقَدْ سُئِلَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ أُمِّ الْوَلَدِ كَيْفَ تُصَلِّي ؟ قَالَ : تُعْطَى رَأْسُهَا وَقَدْ مَنِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُبَاغُ . وَكَانَ الْحَسَنُ يُجِبُ لِلْأُمَةِ إِذَا (١) عَهَدَهَا سَيِّدَهَا - يَعْنِي وَطَنَهَا (٢) - أَنْ لَا تُصَلِّيَ إِلَّا مُجْتَمِعَةً . وَإِنْ صَلَّتْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ، أُجْزَأَهَا ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ ، حُكْمُهَا حُكْمُ (٣) الْإِمَاءِ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : تُصَلِّي أُمُّ الْوَلَدِ بِغَيْرِ قِنَاعٍ ، وَإِنْ كَانَتْ بَنَتْ سِتْرَيْنِ سَنَةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ عَوْرَتَهَا عَوْرَةُ الْحُرَّةِ . وَذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (٤) . وَالصَّحِيحُ / أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، وَإِنَّمَا خَالَفَتْهُنَّ ٢٨٥/١١ وَ فِي اسْتِحْقَاقِهَا لِلْعِتْقِ ، وَامْتِنَاعِ نَقْلِ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَهَذَا لَا يُوجِبُ تَغْيِيرَ الْحُكْمِ فِي عَوْرَتِهَا ، كَالْمُدْبِرَةِ ، وَلَئِنْ الْأَصْلُ بَقَاءُ حُكْمِهَا فِي إِبَاحَةِ كَشْفِ رَأْسِهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يُنْقَلُ عَنْهُ مِنْ نَصٍّ ، وَلَا مَا فِي مَعْنَاهُ ، فَيَبْقَى الْحُكْمُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ .

٢٠٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَتْ أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ نَقْلَ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَقَدْ زَالَ مِلْكُ سَيِّدِهَا بِقَتْلِهِ ، فَصَارَتْ حُرَّةً ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهَا ، وَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ، إِنْ لَمْ يَجِبِ

(١-٢) في ب : « إِذَا وَطَنَهَا » . وَسَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ : « يَعْنِي وَطَنَهَا » .

(٢) في الْأَصْلُ ، أ ، ب : « أَحْكَامُهَا » .

(٣) تقدم في ٣٣١/٢ - ٣٣٣ .

القصاصُ عليها . وهذا قولُ أبي يوسف . وقال الشافعيُّ : عليها الديةُ ؛ لأنَّها تُصيرُ حرَّةً . وكذلك^(١) لزمها مُوجبُ جنايتها ، والواجبُ على الحرِّ بقتل الحرِّ ديةً^(٢) . ولنا ، أنَّها جنايةٌ من أمِّ ولدٍ ، فلم يجب بها أكثرُ من قيمتها ، كالموَجَّنتِ على أجنبيٍّ ، ولأنَّ اعتبارَ الجنايةِ في حقِّ الجاني بحالِ الجنايةِ ، بدليلِ مالو جنى على عَبْدٍ فأعتقه سيِّده ، وهى في حالِ الجنايةِ أمةٌ ، فإنَّها إنَّما عتقتْ بالموتِ الحاصلِ بالجنايةِ ، فيكونُ عليها فداءٌ نفسِها بقيمتِها ، كما يفديها سيِّدها إذا قتلتْ غيره ، ولأنَّها ناقصةٌ بالرقِّ ، أشبهتِ الرقْنَ ، وتُفارقُ الحرَّ ؛ فإنَّه جنى وهو كاملٌ ، وإنَّما تعلقَ مُوجبُ الجنايةِ بها ؛ لأنَّها قوتتْ رَقَّها بقتْلِها لسيِّدها ، فأشبهتْ مالو قوتتْ المكاتبُ الجاني رَقَّه بأدائه . وأما إن قتلَتْ سيِّدها عمدًا ، ولم يكنْ^(٣) له منها^(٤) ولدٌ ، فعليها القصاصُ لورثةِ سيِّدها ، وإن كان له منها ولدٌ ، وهو الوارثُ وحدهُ ، فلا قصاصَ عليها ؛ لأنَّها لو وجبَ ، لوجبَ لولدها ، ولا يجبُ للولدِ على أمِّهِ قصاصٌ . وقد توقَّفَ أحمدُ ، رضيَ اللهُ عنه ، عن هذه المسألةِ ، في روايةٍ مُهنَّا ، وقال :
ظ ٢٨٥/١١ دَعْنَا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ . وَقِيَاسُ مَذْهَبِهِ / مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، وَلَهُ أَوْلَادٌ مِنْ غَيْرِهَا ، لَمْ يَجِبِ الْقَصَاصُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ وَلَدِهَا مِنَ الْقَصَاصِ يَسْقُطُ ، فَيَسْقُطُ كُلُّهُ . وَقَدْ نَقَلَ مُهْنَّا عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَقْتُلُهَا أَوْلَادُهُ مِنْ غَيْرِهَا . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُخَالِفُ أَصُولَ مَذْهَبِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قَصَاصَ عَلَيْهَا ، وَجِبُّ عَلَيْهَا فِدَاءُ نَفْسِهَا بِقِيَمَتِهَا ، كَالْوِ عَفَا بَعْضُ مُسْتَحِقِّ الْقَصَاصِ عَنْ حَقِّهِ مِنْهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .^(٥) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ .

قال الشيخُ المُصنِّفُ لهذا الكتابِ ،^(٥) أَحْسَنَ اللَّهُ جَزَاءَهُ ، وَنَفَعْنَاهُ ، وَأَجَزَلَ ثَوَابَهُ ، وَرَزَقَهُ الْفِرْدَوْسَ الْأَعْلَى ، بِمَنْنِهِ وَكَرَمِهِ ، وَجَمَعْنَا وَإِيَّاهُ فِي دَارِ كَرَامَتِهِ : هَذَا آخِرُ الْكِتَابِ ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ ﴿ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ مَتَابِ ﴾^(٦) .

(١) في ب ، م : « ولذلك » .

(٢) في م : « دية » .

(٣-٣) في م : « لها منه » .

(٤-٤) سقط من : ١ . وفي م بعده : « وصلى الله على محمد » . ولم يرد فيه الختام التالى .

(٥-٥) في ب : « رضى الله عنه » .

(٦) سورة الرعد ٣٠ .

فهرس الجزء الرابع عشر

الصفحة

- كتاب القضاء ٥ - ١٢٢
- فصل : والقضاء من فروض الكفايات . ٥ ، ٦
- فصل : وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه . ٦ ، ٧
- فصل : والناس في القضاء على ثلاثة أضرب . ٧ - ٩
- فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق . ٩ ، ١٠
- فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده . ١٠ ، ١١
- فصل : وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان ... يعرف من يصلح للقضاء، ولاه، وإن لم يعرف ... سأل أهل المعرفة ... ١١ ، ١٢
- ١٨٦٤ - مسألة : (ولا يولى قاض حتى يكون بالغاً ، عاقلاً ، مسلماً ...) ١٢ - ٢٥
- فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . ١٦ ، ١٧
- فصل : وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف ، ... ١٧ ، ١٨

- فصل : وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ،
... و ١٨
- فصل : وإذا ولي الإمام رجلا القضاء ...
في غير بلده ... بحث عن قوم من
أهل ذلك البلد ، ليسألهم
عنه ... ١٨ - ٢٢
- فصل : وإذا جلس الحاكم في مجلسه ،
فأول ما ينظر فيه أمر
المحبوسين ... ٢٢ - ٢٤
- فصل : ثم ينظر في أمر الأوصياء ؛ ... ٢٤
- فصل : ثم ينظر في أمناء الحاكم . ٢٤ ، ٢٥
- فصل : ثم ينظر في أمر الضوال واللقطة
التي تولى الحاكم حفظها ؛ ... ٢٥
- ١٨٦٥ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو
غضبان) ٢٥ ، ٢٦
- ١٨٦٦ - مسألة : (وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله ،
شاور فيه أهل العلم والأمانة) ٢٦ - ٣٠
- فصل : والمشاورة ههنا لاستخراج
الأدلة ... ٢٨ ، ٢٩
- فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يحضر
مجلسه أهل العلم من كل
مذهب ... ٢٩
- فصل : وينبغي له أن يحضر شهوده
مجلسه . ٢٩

- فصل : وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت
الحجة ... حكم ، وإن كان فيها
لبس أمرهما بالصلح ... ٢٩ ، ٣٠
- فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في
كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا
نظر في سنة رسوله ، ... ٣٠
- ١٨٦٧ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ٣٠ - ٣٣
- فصل : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم
بالبينة والإقرار ... إذا سمعه معه
شاهدان ... ٣٣
- ١٨٦٨ - مسألة : (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع
إليه ، إلا ما خالف نص كتاب ، أو
سنة ، أو إجماعا) ٣٤ - ٤٣
- فصل : إذا تغير اجتهاده قبل الحكم ، فإنه
يحكم بما تغير اجتهاده إليه ... ٣٦
- فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من
كان قبله ؛ ... ٣٧
- فصل : وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن
صفته . ٣٧ - ٣٩
- فصل : وإذا استعدى رجل على رجل إلى
الحاكم ، ففيه روايتان ؛ ... ٣٩ ، ٤٠
- فصل : ولا يخلو المستعدى عليه من أن
يكون حاضرا أو غائبا ؛ ... ٤٠ - ٤٢
- فصل : وإن استعدى على الحاكم
المعزول ، لم يُعَدِّه حتى يعرف ما
يدعيه ... ٤٢

- فصل : وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زورا، أحضرهما،... ٤٢ ، ٤٣
- ١٨٦٩ - مسألة: (وإذا شهد عنده من لا يعرفه ، سأل عنه، فإن عدله اثنان، قبل شهادته) ٤٣ - ٤٧
- فصل : قال القاضى : ولا بد من معرفة إسلام الشاهد ،... ٤٦
- فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه : هو عدل . ففيه وجهان ؛... ٤٦ ، ٤٧
- ١٨٧٠ - مسألة: (وإن عدله اثنان ، وجرحه اثنان ، فالجرحه أولى) ٤٧ - ٥٢
- فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين . ٤٧ ، ٤٨
- فصل : ولا يكفى أن يقول : لا أعلم منه إلا الخير . ٤٨
- فصل : ... لا يقبل التعديل إلا من أهل الخيرة الباطنة ، والمعرفة المتقادمة . ٤٨ ، ٤٩
- فصل : ولا يسمع الجرح إلا مفسراً . ٤٩ ، ٥٠
- فصل : وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا ... ٥٠
- فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء . ٥٠
- فصل : ولا يقبل الجرح من الخصم . ٥٠ ، ٥١
- فصل : ولا تقبل شهادة المتوسمين . ٥١

- فصل : قال أحمد : ينبغي للقاضي أن
يسأل عن شهوده كل قليل ؛ ... ٥١
- فصل : وليس للحاكم أن يرتب شهودا لا
يقبل غيرهم ؛ ... ٥١
- فصل : ولا بأس أن يعظ الشاهدين . ٥٢ ، ٥١
- ١٨٧١ - مسألة : (ويكون كاتبه عدلا ، وكذلك
قاسمه) ٥٨ - ٥٢
- فصل : وإذا ترفع إلى الحاكم خصمان ...
فقال المقرر له للحاكم : أشهد لي
على إقراره شاهدين . لزمه
ذلك ؛ ... ٥٦ - ٥٣
- فصل : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء
برسم الكاغد الذي يكتب فيه
المحاضر والسجلات ؛ ... ٥٧ ، ٥٦
- فصل : وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر
أحدهما أن حجته في ديوان
الحكم ، فأخرجها الحاكم ... ٥٧
- فصل : فإن ادعى رجل على الحاكم ، أنك
حكمت لي بهذا الحق ... فذكر
الحاكم حكمه ، أمضاه . ٥٨ ، ٥٧
- ١٨٧٢ - مسألة : (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل
ولايته) ٦٢ - ٥٨
- فصل : فأما الرشوة في الحكم ، ورشوة
العامل ، فحرام بلا خلاف . ٦٠ ، ٥٩

- فصل : ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع
والشراء بنفسه ؟ ... ٦٠ ، ٦١
- فصل : ويجوز للحاكم حضور الولائم . ٦١
- فصل : وله عيادة المرضى ، وشهود
الجنائز ، ... ٦١ ، ٦٢
- ١٨٧٣ - مسألة : (ويعدل بين الخصمين في الدخول
عليه ، والمجلس ، والخطاب) ٦٢ - ٧٣
- فصل : وإذا حضر القاضي خصوم
كثيرة ، قدم الأول فالأول . ٦٥ ، ٦٦
- فصل : فإن حضر مسافرون ومقيمون ،
وكان المسافرون قليلا ...
قدمهم . ٦٦
- فصل : وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء
قال : من المدعى منكما ؟ ... ٦٦ ، ٦٧
- فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا
محررة ، إلا في الوصية
والإقرار ؟ ... ٦٧ - ٦٩
- فصل : إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم
أن يسأل خصمه الجواب ... ٦٩ - ٧٣
- ١٨٧٤ - مسألة : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ،
فكتب بإنفاد القضاء عليه إلى قاضي
ذلك البلد ، قبل كتابه ...) ٧٣ - ٧٩
- فصل : وإذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو
إقرار بدين ، جاز ... ٧٦ ، ٧٧
- فصل : ومتى استوفى الحق من المحكوم

- عليه ، فقال للحاكم عليه :
اكتب لي محضرا بما جرى ...؟
٧٧ ففيه وجهان ...
فصل : ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى
٧٨ ، ٧٧ قاضى مصر ، ...
فصل : وصفة الكتاب : بسم الله الرحمن
٧٩ ، ٧٨ الرحيم ...
١٨٧٥ - مسألة : (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين
يقولان : قرأه علينا ، أو ...)
٧٩ - ٨٤
٨٢ - ٨٤ فصل : في تغيير حال القاضى ...
١٨٧٦ - مسألة : (ولا تقبل الترجمة عن أعجمى حاكم
إليه ، إذا لم يعرف لسانه ، إلا من
٨٤ ، ٨٥ عدلين يعرفان لسانه)
فصل : والحكم في التعريف ، والرسالة ،
٨٥ و... ، كالحكم في الترجمة ...
١٨٧٧ - مسألة : (وإذا عزل فقال : كنت حكمت في
ولايتى لفلان على فلان بحق . قبل
٨٥ - ٩٣ قوله ...)
فصل : فأما إن قال في ولايته : كنت
حكمت لفلان بكذا . قبل
٨٦ ، ٨٧ قوله ...
فصل : وإذا أخبر القاضى بحكمه في غير
٨٧ موضع ولايته ...
فصل : وإذا ولى الإمام قاضيا ، ثم مات ،
٨٧ ، ٨٨ لم ينزل ...
فصل : وللإمام تولية القضاء في بلده
٨٨ ، ٨٩ وغيره ...؟

- فصل : ويجوز أن يولى قاضيا عموم النظر
 ٨٩ ، ٩٠ ... فى خصوص العمل
- فصل : وإذا قال الإمام : من نظر فى
 الحكم من فلان وفلان ، فقد
 وليته . لم تنعقد الولاية ... ٩٠
- فصل : ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد
 على أن يحكم بمذهب بعينه . ٩١
- فصل : وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية
 القضاء ، جاز ؛ ... ٩١
- فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما
 لا يجوز أن يشهد لنفسه ... ٩١ ، ٩٢
- فصل : وإذا تحاكم رجلان إلى رجل ...
 وكان ممن يصلح للقضاء ...
 جاز ذلك ... ٩٢ ، ٩٣
- فصل : قال القاضى : وينفذ حكم من
 حكمناه فى جميع الأحكام إلا
 أربعة أشياء ... ٩٣
- ١٨٧٨ - مسألة: (ويجزم على الغائب ، إذا صح الحق
 عليه) ٩٣ - ٩٧
- فصل : ولا يقضى على الغائب إلا فى
 حقوق الآدميين . ٩٥
- فصل : وإذا قامت البينة على غائب ،
 أو ... لم يستحلف المدعى مع
 بينته ... ٩٥
- فصل : إذا قضى على الغائب بعين ،
 سلمت إلى المدعى ... ٩٦

- فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب
منه ... فلا يقضى عليه قبل
حضوره ... ٩٦ ، ٩٧
- ١٨٧٩ - مسألة: (وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه ،
فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه ، ...) ٩٧ - ١٠١
- فصل : وتجوز قسمة المكيلات
والموزونات ... ٩٨ ، ٩٩
- فصل : فإن كان بينهما ثياب ، أو
حيوان ، أو ... فاتفقا على
قسمتها ، جاز ... ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : والقسمة إفراز حق ... ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا
كان متبرعا ... ١٠١
- ١٨٨٠ - مسألة: (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته ،
فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ...) ١٠١ - ١١١
- فصل : إذا كان داربين اثنين سفلها
وعلوها ، فإذا طلبا قسمها ؛
نظرت ... ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : وإذا كان بينهما دار ، أو ... ،
فطلب أحدهما قسمة ذلك ، ولا
ضرر في قسمته ، أجبر الممتنع
على القسمة ، ... ١٠٦ ، ١٠٧
- فصل : وإن كانت بينهما أرض واحدة
يمكن قسمتها ، وتحقق بها
الشروط ... أجبر الممتنع على
قسمتها . ١٠٧ - ١٠٩

- فصل : وإذا كان في الأرض زرع ،
فطلب أحدهما قسمتها دون
الزرع ، أجبر الممتنع ؛ ... ١٠٩ ، ١١٠
- فصل : إذا كانت بينهما أرض قيمتها
مائة ، في أحد جانبيها بئر قيمتها
مائة ، ... ١١٠ ، ١١١
- ١٨٨١ - مسألة : (وإذا قسم ، طرح السهام ، فيصير
لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا
أن يتراضيا ...) ١١١ - ١٢٢
- فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما
بأنفسهما ، وأن ... ١١٤
- فصل : وعلى الإمام أن يرزق القاسم من
بيت المال ؛ ... ١١٤ ، ١١٥
- فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان
أحدهما الطالب لها . ١١٥
- فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في
القسمة ... نظرت ... ١١٥ ، ١١٦
- فصل : إذا اقتسم الشريكان شيئا ، فبان
بعضه مستحقا ؛ نظرت ... ١١٦ ، ١١٧
- فصل : وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب
لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ
القسمة أو ... ١١٧
- فصل : وإذا اقتسما دارين ، أو ...
أرضين فبنى أحدهما في
نصيبه ... ثم استحق نصيبه ...

- فإنه يرجع على شريكه بنصف .
 البناء ... ١١٧ ، ١١٨
- فصل : وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ، ثم
 بان عليه دين لا وفاء له إلا مما
 اقتسموه ، لم تبطل القسمة ؛ ... ١١٨ ، ١١٩
- فصل : وإذا طلب أحد الشريكين من
 الآخر المهايأة من غير قسمة ... لم
 يجبر الممتنع منهما . ١١٩
- فصل : قال أحمد ، في قوم اقتسموا دارا ،
 وحصل لبعضهم فيها زيادة
 أذرع ، ولبعضهم نقصان ، ... ١٢٠ ، ١٢١
- فصل : قال : ولأب الوصي قسمة مال
 الصغير مع شريكه ، ... ١٢١
- فصل : ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية
 الإمام ... ١٢١ ، ١٢٢
- فصل : ويوصى الوكلاء والأعوان على
 بابه بتقوى الله تعالى ، و... ١٢٢
- فصل : قال ابن المنذر : يكره للقاضي أن
 يفتي في الأحكام . ١٢٢
- كتاب الشهادات**
 ١٢٣ - ٢١٢
- فصل : وتحمل الشهادة وأداؤها فرض
 على الكفاية ؛ ... ١٢٤ ، ١٢٥
- ١٨٨٢ - مسألة : (ولا يقبل في الزنى إلا أربعة رجال
 عدول أحرار مسلمين)
 ١٢٥ ، ١٢٦
- فصل : وفي الإقرار بالزنى روايتان ... ١٢٦

- ١٨٨٣ - مسألة: (ولا يقبل فيما سوى الأموال ، مما يطلع عليه الرجال ، أقل من رجلين) ١٢٦ - ١٢٩
- فصل : وقد نقل عن أحمد ... في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة ؛ ... ١٢٨
- فصل : ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، ... ١٢٨ ، ١٢٩
- ١٨٨٤ - مسألة: (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل عدل مع يمين الطالب) ١٢٩ - ١٣٤
- فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : قال القاضي : يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه ؛ ... ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : وكل موضع قبل فيه الشهادة بالشاهد واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ، ... ١٣٢
- فصل : قال أحمد : مضت السنة أن يُقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، ... ١٣٢
- فصل : ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى . ١٣٢
- فصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من خزره ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه ، أو ... ١٣٣ ، ١٣٤

- فصل : ولو ادعى جارية في يد رجل أنها
أم ولده ... وأقام بذلك شاهدا
وامرأتين ، أو ... حكم له
بالجارية ؛ ... ١٣٤
- فصل : وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته ،
فأنكرته ، ثبت ذلك بشاهد
وامرأتين ، أو ... ١٣٤
- ١٨٨٥ - مسألة : (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال ، مثل
الرضاع ، و... ، شهادة امرأة
عدل) ١٣٤ - ١٣٧
- فصل : إذا ثبت هذا ، فكل موضع قلنا :
تقبل فيه شهادة النساء
المنفردات ؛ فإنه تقبل فيه شهادة
المرأة الواحدة . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو
الخطاب : تقبل شهادته
وحده ؛ ... ١٣٧
- ١٨٨٦ - مسألة : (ومن لزمته الشهادة ، فعليه أن يقوم بها
على القريب والبعيد ، لا يسعه
التخلف عن إقامتها وهو قادر على
ذلك) ١٣٧ ، ١٣٨
- فصل : ومن له كفاية ، فليس له أخذ
الجعل على الشهادة ؛ ... ١٣٧ ، ١٣٨
- ١٨٨٧ - مسألة : (وما أدركه من الفعل نظرا ، أو سمعه
تيقنا ، وإن لم ير المشهود عليه ،
شهد به) ١٣٨ - ١٤١

- فصل : إذا عرف المشهود عليه
باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن
يشهد عليه ... ١٣٩
- فصل : والمرأة كالرجل في أنه إذا
عرفها ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : إذا عرف الشاهد خطه ، ولم
يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز أن
يشهد له ؟ فيه روايتان ؛ ... ١٤٠ ، ١٤١
- ١٨٨٨ - مسألة : (وما تظاهرت به الأخبار ، واستقرت
معرفته في قلبه ، شهد به ...) ١٤١ - ١٤٥
- فصل : فإن كان في يد رجل دار ...
يتصرف فيها تصرف الملاك ...
فقال أبو عبد الله ابن حامد : يجوز
أن يشهد له بملكها . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا سمع رجلاً يقول لصبي : هذا
ابني . جاز أن يشهد به ؛ ... ١٤٤
- فصل : إذا شهد عدلان أن فلاناً مات ،
وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً ،
لا نعلم له وارثاً غيرهما ، قبلت
شهادتهما . ١٤٥
- ١٨٨٩ - مسألة : (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلًا ،
مسلمًا ، بالغًا ، عدلاً ، لم تجز شهادته) ١٤٥ - ١٥٠
- فصل : شهادة البدوي على من هو من أهل
القرية ... صحيحة ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٨٩٠ - مسألة : (العدل من لم تظهر منه ريبة ...) ١٥٠ - ١٧٠
- فصل : في اللعب : كل لعب فيه قمار ،
فهو محرم ... ١٥٤

- فصل : أما الشطر نج فهو كالترد في
التحريم ... ١٥٥ ، ١٥٦
- فصل : اللاعب بالحمام يطيرها ، لا
شهادة له . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : المسابقة المشروعة ، بالخيول
وغيرها من الحيوانات ...
مباح . ١٥٧
- فصل : في الملاهي : وهي على ثلاثة
أضرب ... ١٥٧ - ١٦٠
- فصل : اختلف أصحابنا في الغناء ...
فصل : أما الحداء ، وهو الغناء الذي
تساق به الإبل ، فمباح ... ١٦٠ - ١٦٢
- فصل : الشعر كالكلام ، حسنه كحسنة
وقبيحه كقبيحه ... ١٦٢ - ١٦٦
- فصل : في قراءة القرآن بالألحان ...
فصل : لا تقبل شهادة الطفيلي ... ١٦٦ - ١٦٩
- فصل : من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً
فيه ، معتقداً بإباحته لم ترد
شهادته ... ١٦٩ - ١٧٠
- ١٨٩١ - مسألة : (تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب ،
في الوصية في السفر ، إذا لم يكن
غيرهم) ١٧٠ - ١٧٣
- ١٨٩٢ - مسألة : (لا تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب
في غير ذلك) ١٧٣ ، ١٧٤
- ١٨٩٣ - مسألة : (لا تقبل شهادة خصم ، ولا جاراً إلى
نفسه ، ولا دافع عنها) ١٧٤ - ١٧٨

- فصل : إن شهد على رجل بحق ، فقدفه
المشهود عليه ، لم ترد شهادته
بذلك . ١٧٥ - ١٧٨
- فصل : إن شهد الشريك لشريكه في غير
ما هو شريك فيه ... ١٧٨
- ١٨٩٤ - مسألة : (لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
والغفلة) ١٧٨
- ١٨٩٥ - مسألة : (وتجوز شهادة الأعمى ، إذا يقين
الصوت) ١٧٨ - ١٨١
- فصل : إن تحمل الشهادة على فعل ، ثم
عمى ، جاز أن يشهد به . ١٨٠
- فصل : لا تجوز شهادة الأخرس بحال . ١٨٠ ، ١٨١
- ١٨٩٦ - مسألة : (لا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا ،
للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد
وإن سفل ، لهما وإن علوا) ١٨١ - ١٨٣
- فصل : شهادة أحد الوالدين على صاحبه
تقبل ... ١٨٢
- فصل : إن شهد اثنان بطلاق ضرّة أمهما
أو ... قبلت شهادتهما ، ... ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : تجوز شهادة الرجل لابنه من
الرضاعة ، ... ١٨٣
- ١٨٩٧ - مسألة : (ولا السيد لعبده ، ولا العبد لسيد) ١٨٣
- ١٨٩٨ - مسألة : (ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة
لزوجها) ١٨٣ ، ١٨٤
- ١٨٩٩ - مسألة : (وشهادة الأخ لأخيه جائزة) ١٨٤ ، ١٨٥
- فصل : شهادة العم وابنه ، والخال وابنه ،
وسائر الأقارب أولى بالجواز ... ١٨٥

- فصل : تقبل شهادة أحد الصديقين
لصاحبه ... ١٨٥
- ١٩٠٠ - مسألة: (تجوز شهادة العبد في كل شيء ، إلا في الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء)
١٨٧ - ١٨٥
الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛
- أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ... ١٨٥ ، ١٨٦
- الفصل الثاني : أن شهادة العبد لا تقبل في الحد ... ١٨٧
- الفصل الثالث : أن شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء ... ١٨٧
- فصل : حكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن ... ١٨٧
- ١٩٠١ - مسألة: (وشهادة ولد الزنى جائزة ، في الزنى وغيره)
١٨٧ ، ١٨٨
- ١٩٠٢ - مسألة: (إذا تاب القاذف ، قبلت شهادته)
١٨٨ - ١٩١
فصل : القاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ... ١٩١
- ١٩٠٣ - مسألة: (وتوبته أن يكذب نفسه)
١٩١ - ١٩٥
فصل : وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه ... ١٩٢ - ١٩٤
- فصل : لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من

- قبول الشهادة ، وصحة ولايته
 ١٩٤ ... في النكاح، إصلاح العمل ...
- ١٩٠٤ - مسألة: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل ، وردت عليه ، لم تقبل منه في حال عدالته) ١٩٥ - ١٩٧
- فصل : إن شهد السيد لمكاتبه ، فردت شهادته ، أو ... ثم عتق المكاتب ، و ... ، وأعادوا تلك الشهادة ، ففى قبولها وجهان، ... ١٩٦ ، ١٩٧
- ١٩٠٥ - مسألة: (إن كان لم يشهد بها عند الحاكم ، حتى صار عدلا ، قبلت منه) ١٩٧
- ١٩٠٦ - مسألة: (ولو شهد وهو عدل ، فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته معه ، لم يحكم بها) ١٩٧ - ١٩٩
- فصل : أما إن أدى الشاهدان الشهادة وهما من أهلها ، ثم ماتا قبل الحكم بها ، حكم الحاكم بشهادتهما ... ١٩٨ ، ١٩٩
- ١٩٠٧ - مسألة: (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء ، إلا في الحدود ، إذا كان الشاهد الأول ميتا أو غائبا) ١٩٩ - ٢٠٧
- الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛ ١٩٩ - ٢٠٤
- الأول : أن الشهادة على الشهادة جائزة .. ١٩٩

١٩٩	الفصل الثاني : أن الشهادة تقبل في الأموال ...
٢٠٠ - ٢٠٤	✓ الفصل الثالث : في شروطها ...
٢٠٤	فصل : أما كيفية الأداء إذا كان قد استدعاه الشهادة ، ...
٢٠٤	فصل : اختلفت الرواية في شرط خامس ، وهو الذكورية في شهود الفروع
٢٠٥ ، ٢٠٤	فصل : يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ...
٢٠٥ - ٢٠٧	فصل : إن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع ...
٢٠٧	١٩٠٨ - مسألة : (ويشهد الشاهد على من سمعه يقر بحق ، وإن لم يقل للشاهد : اشهد على)
٢٠٧ - ٢١١	فصل : لو حضر شاهدان حساباً بين اثنين ، شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً ، ...
٢٠٩	فصل : الحقوق على ضريين ؛ حق لآدمي ...
٢٠٩ ، ٢١٠	فصل : من كانت عنده شهادة لآدمي لم يخل ؛ إما أن يكون عالماً بها ...
٢١١ ، ٢١٠	فصل : ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها .
٢١١	١٩٠٩ - مسألة : (وتجوز شهادة المستخفي ، إذا كان عدلاً)
٢١١ ، ٢١٢	

٢٧٤ - ٢١٣

كتاب الأقضية

١٩١٠ - مسألة: (إذا هلك رجل ، وخلف ولدين

ومائتى درهم ، فأقر أحدهما بمائة

٢١٣ ، ٢١٤ (درهم ديناً على أبيه لأجنبى ...)

فصل : لو ثبت لرجل على رجل دين

٢١٤ بيئته ...

١٩١١ - مسألة: (لو هلك رجل عن ابنين ، وله حق

بشاهد، وعليه من الدين ما يستغرق

٢١٤ - ٢٢٠ ميراثه ، ...

فصل : إن حلف أحد الابنين مع الشاهد،

٢١٥ لم يثبت من الدين إلا قدر حصته .

فصل : تركه الميت يثبت الملك فيها

٢١٥ - ٢١٧ لورثته ، ...

فصل : إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين ،

فادعى البنون أن أباهم وقف داره

٢١٧ - ٢٢٠ عليهم ...

١٩١٢ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وذكر أن بينته

بالعدمه ، فحلف المدعى عليه ، ثم

أحضر المدعى عليه بينته ، حكم

٢٢٠ ، ٢٢١ بها ، ...)

فصل : إن طلب المدعى حبس المدعى

٢٢١ عليه ... إلى أن تحضر بينته ...

فصل : لو أقام المدعى شاهداً واحداً ، ولم

يحلف معه ، وطلب يمين المدعى

٢٢١ عليه ، أحلف له ...

- ١٩١٣ - مسألة: (واليمين التي يبرأ بها المطلوب ، هي اليمين بالله ...)
٢٢٢ - ٢٢٤
فصل : تشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ...
٢٢٣ ، ٢٢٤
- ١٩١٤ - مسألة: (إلا أنه إن كان يهوديا ، قيل له : قل والله الذي أنزل التوراة على موسى...)
٢٢٤ - ٢٢٨
فصل : قال ابن المنذر : لم نجد أحدا يوجب اليمين بالمصحف .
٢٢٧
- ١٩١٥ - مسألة: (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)
٢٢٨ - ٢٣٨
فصل : من باع سلعة فظهر المشتري على عيب بها ، وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟
٢٢٩ - ٢٣١
فصل : من توجهت عليه يمين هو فيها صادق ... أبيع له الحلف .
٢٢٩ - ٢٣١
فصل : أما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه ، ففيه إثم كبير .
٢٣١ ، ٢٣٢
فصل : من ادّعى عليه دين وهو معسر به ، لم يحل له أن يحلف أنه لاحق له على .
٢٣٢
فصل : يمين الخالف على حسب جوابه،...
٢٣٢
فصل : لا تدخل اليمين النيابة ،...
٢٣٣
فصل : إذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ،...
٢٣٣ - ٢٣٥

- فصل : إذا حلف ، فقال : إن شاء الله تعالى ، ... ٢٣٥ ، ٢٣٦
- فصل : لو ادعى على رجل ديناً ، أو حقاً ، فقال : قد أبرأتني منه ... ٢٣٦
- فصل : الحقول قول من ينكر ... ٢٣٦
- فصل : الحقوق على ضربين ؛ ما هو حق لآدمي ، ... ٢٣٦ - ٢٣٨
- ١٩١٦ - مسألة : (إذا شهد من الأربعة اثنان ، أن هذا زنى بها في هذا البيت ، وشهد الآخر أن زنى بها في البيت الآخر فالأربعة قذفة ، وعليهم الحد) ٢٣٨ - ٢٤٤
- فصل : كذلك كل شهادة على فعلين ، ... ٢٣٩
- فصل : متى كانت الشهادة على فعل ، فاختلف الشاهدان في زمنه ... ٢٣٩ - ٢٤١
- فصل : أما الشهادة على الإقرار ، ... [إذا اختلفت] ٢٤١
- فصل : إن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، ... ٢٤٢
- فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيها كالحكم في البيع . ٢٤٢
- فصل : إن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه ... ٢٤٢ ، ٢٤٣
- فصل : من شهد بالنكاح ، فلا بد من ذكر شروطه ، ... ٢٤٣ ، ٢٤٤

- ١٩١٧ - مسألة: (ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس في مجلس حكمه ، لم يقيم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم ، كانوا قذفة ، وعليهم الحد) ٢٤٤
- ١٩١٨ - مسألة: (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ، ثم رجعا ، فقالا : عمدنا . اقتص منهما ، وإن قالوا : أخطأنا . غرما الدية ، أو أروا الجرح) ٢٤٤ - ٢٤٨
- فصل : إن رجع أحد الشاهدين وحده ، ... ٢٤٨
- ١٩١٩ - مسألة: (إن كانت شهادتهما بمال ، غرماه ، ولم يرجع به على المحكوم له به ...) ٢٤٨ ، ٢٤٩
- ١٩٢٠ - مسألة: (إن كان المحكوم به عبدا أو أمة ، غرما قيمته) ٢٤٩ - ٢٥٦
- فصل : إن شهدا بطلاق امرأة تبين به ، ... ٢٤٩ ، ٢٥٠
- فصل : إن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكم الحاكم به ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : إن شهدا بكتابة عبده ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنه يوزع بينهم على عددهم ، ... ٢٥١ - ٢٥٣

- فصل : إذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعوا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهم ... ٢٥٣
- فصل : إذا شهد أربعة بأربعمائة ،... ثم رجع واحد عن مائة ... ٢٥٣
- فصل : إذا شهد أربعة بالزنى ، واثنان بالإحصان ، فرجم ، ثم رجعوا عن الشهادة ... ٢٥٣ ، ٢٥٤
- فصل : إذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ،... ثم رجعا ... ٢٥٤
- فصل : إذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة ،... وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا ... ٢٥٤
- فصل : إذا شهد شاهدان على شاهدى أصل ،... ثم رجع شاهدا الفرع ... ٢٥٥
- فصل : إذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ... ٢٥٥
- فصل : إذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم ،... ٢٥٥ ، ٢٥٦
- ١٩٢١ - مسألة : (إذا قطع الحاكم يد السارق ، بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران ، أو فاسقان ، كانت دية اليد في بيت المال) ٢٥٦ - ٢٦٠

- فصل : إن شهد بالزنى أربعة فزكاهم
اثنان ، فرجم المشهود عليه ، ثم
٢٥٨ ، ٢٥٧ بان أن الشهود فسقة ...
- فصل : لو جلد الإمام إنسانا بشهادة ، ثم
٢٥٨ بان أنهم فسقة ...
- فصل : لو حكم الحاكم بمال بشهادة
شاهدين ، ثم بان أنهما
٢٦٠ - ٢٥٨ فاسقان ...
- ١٩٢٢ - مسألة : (إذا ادعى العبد أن سيده أعته ،
٢٦٠ حلف مع شاهده ، وصار حرا)
- ١٩٢٣ - مسألة : (ومن شهد بشهادة زور ، أدب ، وأقيم
في المواضع التي يشتر أنه شاهد
٢٦٤ - ٢٦٠ زور ، إذا تحقق تعمده لذلك)
- فصل : متى علم أن الشاهدين شهدا
بالزور ، تبين أن الحكم كان
٢٦٤ ، ٢٦٣ باطلا ...
- فصل : إذا تاب شاهد الزور ، وأتت على
ذلك مدة ... ، قبلت شهادته .
٢٦٤
- ١٩٢٤ - مسألة : (إذا غير العدل شهادته بحضرة
الحاكم ، ... قبلت منه ، مالم يحكم
بشهادته)
٢٦٥ ، ٢٦٤
- فصل : إن شهد بألف ، ثم قال قبل
الحكم : قضاه منه خمسمائة .
٢٦٥ فسدت شهادته .
- ١٩٢٥ - مسألة : (وإذا شهد بألف ، وآخر بخمسمائة ،
حكم للمدعى الألف بخمسمائة ...)
٢٦٨ - ٢٦٥

- فصل : إن شهد له شاهدان بألف ،
وشاهدان بخمسائة ، ولم
٢٦٧ ، ٢٦٦ تختلف الأسباب والصفات ...
- فصل : إن شهد له شاهد ، أنه باعه هذا
العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه
إياه بخمسائة ، لم تكمل
٢٦٨ ، ٢٦٧ البينة ...
- فصل : إن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا
قيمته درهمان ، وشهد آخر أن
قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا
٢٦٨ ، ٢٦٧ عليه ...
- ١٩٢٦ - مسألة : (ومن ادعى شهادة عدل ، فأنكر أن
تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك
وقال : كنت أنسيتها . قبلت منه) ٢٦٨
- ١٩٢٧ - مسألة : (ومن شهد بشهادة ، يجزئ إلى نفسه
بعضها ، بطلت شهادته في الكل) ٢٦٩
- ١٩٢٨ - مسألة : (إذا مات رجل ، وخلف ابنا ، وألف
درهم ، فادعى رجل على الميت ألف
درهم ، وصدقه الابن ، وادعى
آخر مثل ذلك ، وصدقه الابن ؛
فإن كان في مجلس واحد ، كانت
الألف بينهما ، وإن كان في مجلسين
كانت الألف للأول ، ولا شيء
للثاني) ٢٦٩ - ٢٧١
- فصل : إن مات وترك ألفا ، فأقر به ابنه
لرجل ، ثم أقر به لغيره ... ٢٧٠ ، ٢٧١

- ١٩٢٩ - مسألة: (ومن ادعى دعوى على مريض ،
فأوما برأسه ، أى : نعم . لم يحكم
بها حتى يقول بلسانه) ٢٧١
- ١٩٣٠ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وقال : لا بينة
لى . ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم
تقبل ؛ ...) ٢٧٢ ، ٢٧١
- فصل : إذا قال : ما أعلم بينة . ثم أتى بعد
ذلك ببينة ، ... ٢٧٢
- ١٩٣١ - مسألة: (إذا شهد الوصى على من هو موصى
عليهم ، قبلت شهادته . وإن شهد
لهم ، لم يقبل إذا كانوا فى حجره) ٢٧٣ ، ٢٧٢
- ١٩٣٢ - مسألة: (إذا شهد من يخنق فى الأحيان ، قبل
شهادته فى إفاقة) ٢٧٣
- ١٩٣٣ - مسألة: (تقبل شهادة الطبيب فى الموضحة ، إذا
لم يقدر على طبيين ، وكذلك البيطار
فى داء الدابة) ٢٧٣ - ٢٧٥
- فصل : إذا قال : أشهد على مائة درهم
ومائة درهم ومائة درهم . فشهد
على مائة دون مائة ... ٢٧٤
- فصل : إذا شهد بألف درهم ومائة
دينار ، فله من دراهم ذلك البلد
ودنانيره . ٢٧٤
- كتاب الدعاوى واليّنات ٢٧٥ - ٣٤٣
- ١٩٣٤ - مسألة: (من ادعى زوجية امرأة ، فأنكرته ،
ولم تكن له بينة ، فرق بينهما ، ولم
يُحلّف) ٢٧٥ - ٢٧٩

- فصل : إذا ادعى رجل نكاح امرأة ،
 ٢٧٧ ، ٢٧٦ . احتاج إلى ذكر شرائط النكاح .
- فصل : إن ادعت المرأة النكاح على
 زوجها ، وذكرت معه حقا من
 ٢٧٨ ، ٢٧٧ حقوق النكاح ...
- فصل : أما سائر العقود غير النكاح ... ،
 ٢٧٩ ، ٢٧٨ فلا يفتقر إلى الكشف ...
- ١٩٣٥ - مسألة : (من ادعى دابة في يد رجل ، فأنكر ،
 وأقام كل واحد منهما بينة ، حكم بها
 للمدعى ببينته ، ولم يلتفت إلى بينة
 المدعى عليه ، ... وسواء شهدت
 بينة المدعى عليه أنها له ، أو قالت :
 ٢٧٩ - ٢٨٥ ولدت في ملكه)
- فصل : أى البينتين قدمناها ، لم يحلف
 ٢٨١ صاحبها معها .
- فصل : إن كانت البينة لأحدهما دون
 ٢٨١ ، ٢٨٢ الآخر ، ...
- فصل : إن ادعى الخارج أن الدابة
 ملكه ، ... ولم يكن لواحد منهما
 ٢٨٢ بينة ...
- فصل : إن كان في يد رجل جلد شاة
 مسلوخة ، ورأسها ... في يد
 آخر ، فادعاهما كل واحد منهما
 ٢٨٢ ، ٢٨٣ كلها ...
- ٧ - فصل : إن كان في يد كل واحد منهما
 شاة ، فادعى كل واحد منهما أن

الصفحة

- ٢٨٣ الشاة التى فى يد صاحبه له...
فصل : إذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو ،
٢٨٣ ، ٢٨٤ وأقام بها بينة ،...
فصل : إذا كان فى يد رجل شاة ، فادعاها
٢٨٤ ، ٢٨٥ رجل أنها له منذ سنة ،...
١٩٣٦ - مسألة : (لو كانت الدابة فى أيديهما ، فأقام
أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر
البينة أنها له ،... سقطت البيتان
و...، وكانت اليمين لكل واحد منهما
على صاحبه فى النصف المحكوم له به)
٢٨٥ - ٢٩٣ فصل : إن شهدت إحداهما أنها له منذ
سنة ، وشهدت الأخرى أنها له
منذ سنتين ،...
٢٨٧ فصل : ولا ترجع إحدى البيتين بكثرة
العدد ،...
٢٨٧ ، ٢٨٨ فصل : إذا كان فى أيديهما دار ، فادعاها
أحدهما كلها ، وادعى الآخر
نصفها ...
٢٨٨ ، ٢٨٩ فصل : إن كانت دار فى يد ثلاثة ، ادعى
أحدهم نصفها ...
٢٨٩ فصل : إن ادعى أحدهم جميعها ،
والآخر نصفها ، والآخر
ثلثها ...
٢٨٩ ، ٢٩١ فصل : إن كانت الدار فى أيدي أربعة ،
فادعى أحدهم جميعها ،...
٢٩٢ ، ٢٩٣

- ١٩٣٧ - مسألة: (لو كانت الدابة في يد غيرهما، واعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرف عينه، قرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلمت إليه) ٢٩٣ - ٣١٠
- ٧- فصل : إن أنكرها من العين في يده ، وكانت لأحدهما بينة ، حكم له بها ... ٢٩٥
- فصل : إن تداعيا عينا في يد غيرهما ، فقال : هي لأحدهما لا أعرفه عينا ... ٢٩٥ ، ٢٩٦
- فصل : إذا كان في يد رجل دار ، فادعاها نفسان ، ... ٢٩٦
- فصل : نقل ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ... ٢٩٦
- فصل : إذا تداعيا عينا ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لي ، اشتريتها من زيد بمائة ... ولا بينة لواحد منهما ... ٢٩٧ ، ٢٩٨
- فصل : إن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة ، وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو ، وهي ملكه ... ٢٩٨ ، ٢٩٩

- فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان ، كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه ، وأقاما بذلك بينة ... ٢٩٩
- فصل : إن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف ،...، واتفق تاريخهما ... ٣٠٠ ، ٢٩٩
- فصل : إذا مات رجل ، فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت ،...، وشهد آخران أن هذا الغلام ابن هذا الميت ... ٣٠١ ، ٣٠٠
- فصل : إذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ... ٣٠٢ ، ٣٠١
- فصل : إذا ادعى رجل زوجية امرأة ، فأقرت بذلك ، قبل إقرارها . ٣٠٢
- فصل : إذا قال السيد لعبده : إن قتلت فأنت حر . ثم مات ، فادعى العبد أنه قتل ... ٣٠٣ ، ٣٠٤
- فصل : إذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته ... ٣٠٤ ، ٣٠٥
- فصل : إن خلف المريض ابنين ،...، فشهدا أنه أعتق سالماً في مرض

- موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق
 غانما ... ٣٠٥ - ٣٠٧
- فصل : إن شهد عدلان أجنبيان ، أنه
 وصَّى بعثق سالم ، وشهد
 عدلان وارثان أنه رجع عن
 الوصية بعثق سالم ... ٣٠٧ ، ٣٠٨
- فصل : لو شهدت بينة عادلة أنه وصى
 لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة
 أخرى أنه رجع عن الوصية
 لزيد ... ٣٠٨ ، ٣٠٩
- فصل : إن شهد شاهدان أنه وصى لزيد
 بثلث ماله ، وشهد واحد أنه
 وصى لعمر وثلث ماله ... ٣٠٩ ، ٣١٠
- ١٩٣٨ - مسألة : (لو كان في يده دار فادعاها رجل ،
 فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر بها
 حاضرا ، جعل الخصم فيها ، ...) ٣١٠ - ٣٢١
- فصل : إذا طلب المدعى أن يكتب له
 محضرا بما جرى ، لزمته إجابته . ٣١٣
- فصل : إذا ادعى إنسان أن أباه مات ،
 وخلفه وأخا له غائبا ، ... وترك
 دارا في يد هذا الرجل ... ٣١٣ - ٣١٥
- فصل : إذا اختلف في دار ، في يد
 أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن
 هذه الدار كانت أمس ملكه ...
 فهل تسمع ؟ ٣١٥ ، ٣١٦

- فصل : إن ادعى أمة أنها له ، وأقام بينة ،
فشهدت أنها ابنة أمته ... ٣١٦ ، ٣١٧
- فصل : إذا كانت في يد زيد دار ، فادعها
عمرو ، وأقام بينة أنه اشتراها من
خالد ... ٣١٧
- فصل : إذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن
نفسه ، فادعى أنه مملوكه ،
قبلت دعواه ، ... ٣١٧ ، ٣١٨
- فصل : إن ادعى اثنان رق بالغ في
أيديهما ، فأنكرهما ، فالقول
قوله مع يمينه ... ٣١٨ ، ٣١٩
- فصل : لو كان في يده صغيرة ، فادعى
نكاحها ، لم يقبل منه ... ٣١٩
- فصل : لو ادعى ملك عين ، وأقام به
بينة ، وادعى آخر أنه باعها
منه ... ٣١٩ ، ٣٢٠
- فصل : لو ادعى رجل ملك دار في يد
آخر ، وادعى صاحب اليد أنها في
يده منذ سنتين ... ٣٢٠
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر
لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه
قضاه ، ثبت الإقرار ... ٣٢٠ ، ٣٢١
- ١٩٣٩ - مسألة : (ولومات رجل وخلف ولدين مسلما
وكافرا ، فادعى المسلم أن أباه
مات مسلما ، وادعى الكافر أن

- أباه مات كافرا ، فالقول قول
الكافر مع يمينه ؛ ...) ٣٢١ - ٣٢٣
- ١٩٤٠ - مسألة: (إن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما ،
وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا ،
أسقطت البينتان ، ... وإن قال
شاهدان : نعرفه كان كافرا . وقال
شاهدان : نعرفه كان مسلما .
- ٣٢٣ - ٣٢٦ (الميراث للمسلم ...)
فصل : وإن خلف ابنا مسلما ، وأخا
كافرا ، فاختلغا في دينه حال
موته ، فالحكم فيها كالتي
قبلها ... ٣٢٥
- فصل : لو مات مسلم ، وخلف زوجة
وورثة سواها ، وكانت الزوجة
كافرة ثم أسلمت ... ٣٢٥ ، ٣٢٦
- فصل : إن أسلم أحد الابنين في غرة
شعبان ، والآخر في غرة
رمضان ، واخلتغا في موت
أبيهما ، ... فالميراث بينهما ... ٣٢٦
- فصل : إن اختلفا في دار ، فادعى أحدهما
أن هذه الدار داري ، ورثتها من
أبي ، وادعى الآخر أنها داره ،
ورثها من أبيه ... ٣٢٦
- ١٩٤١ - مسألة: (إذا ماتت امرأة وابنها ، فقال
زوجها: ماتت قبل ابنها، فورثناها ،

- ثم مات ابني ، فورثته . وقال
أخوها: مات ابنها فورثته، ثم مات،
فورثناها. حلف كل واحد منهما على
إبطال دعوى صاحبه، وكان ميراث
الابن لأبيه ، وميراث المرأة
لأخيها وزوجها نصفين) ٣٢٦ - ٣٣٠
- فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعت
امراته أنه أصدقها إياها ،
فأنكرها ، فالقول قوله مع مميته . ٣٢٨ ، ٣٢٩
- فصل : إذا ادعى رجل أنه أكرى بيتا في
داره لرجل شهرا بعشرة ، فادعى
الرجل أنه اكرى الدار كلها
بعشرة ذلك الشهر ... ٣٢٩ ، ٣٣٠
- ١٩٤٢ - مسألة: (ولو شهد شاهدان على رجل ، أنه أخذ
من صبي ألفا ، وشهد آخران على
رجل آخر ، أنه أخذ من الصبي
ألفا ، كان على ولي الصبي أن
يطالب أحدهما بالألف ...) ٣٣٠
- ١٩٤٣ - مسألة: (ولو أن رجلين حريين جاءا من أرض
الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه
أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين .
وإن كانا سبيًا فادعيا بعد ذلك أن
أعتقا ، فميراث كل واحد منهما
لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم
بما ادعياه بينة من المسلمين ، فيثبت
النسب، ويورث كل منهما من أخيه) ٣٣١ - ٣٣٣

- فصل : إن كانا مختلفي الدين ، لم يثبت النسب بإقراره ،... ٣٣٢
- ١٩٤٤ - مسألة : (إذا كان الزوجان في البيت ، فافترقا ، أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له ، أو ... ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح لهما فهو بينهما نصفين) ٣٣٣ - ٣٣٩
- فصل : إذا كان في الدكان نجار وعطار ، فاختلغا فيما فيها ، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها . ٣٣٥ ، ٣٣٦
- فصل : إذا اختلف المكري والمكترى في شيء من الدار ، نظرت ... ٣٣٦ ، ٣٣٧
- فصل : إذا كان الخياط في دار غيره ، فاختلغا في الإبرة والمقص ، فهي للخياط ... ٣٣٧
- فصل : إذا تنازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها ، والآخر أخذ بزمامها ، فالراكب أولى ... ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : إن اختلف صاحب أرض ونهر ، في حائط بينهما ، فهو لهما ... ٣٣٨
- فصل : إن تنازعا عمامة ، طرفها في يد أحدهما ، وباقيها في يد الآخر ، فهما سواء ... ٣٣٩
- ١٩٤٥ - مسألة : (ومن كان له على أحد حق ، فمنعه

- منه ، وقدر له على مال ، لم يأخذ منه
مقدار حقه ؛ ...) ٣٤٣ ، ٣٣٩
- فصل : إذا ادعى إنسان على إنسان حقا ،
وأقام به شاهدين ، فلم يعرف
الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس
غريمه ... ٣٤٣ ، ٣٤٢
- فصل : إن ادعى العبد أن سيده أعتقه
وأقام شاهدين ، ولم يعدلا ،
فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه
وبين سيده ... ٣٤٣
- كتاب العتق**
٣٤٤ - ٤١١
- فصل : العتق من أفضل القربات إلى الله
تعالى . ٣٤٤ ، ٣٤٥
- فصل : يحصل العتق بالقول والملك ،
والاستيلاد . ٣٤٥ - ٣٤٧
- فصل : إن قال لأمته : أنت طالق . ينوى
العتق به ، ففيه روايتان ... ٣٤٧ ، ٣٤٨
- فصل : إن قال لأكبر منه ، أو لمن لا يولد
لمثله : هذا ابني ... لم يعتق ، ولم
يثبت نسبه . ٣٤٨
- فصل : إن قال لأمته : أنت حرام علي .
ينوى به العتق ، عتقت . ٣٤٨
- فصل : يصح العتق من كل من يجوز
تصرفه في المال . ٣٤٨
- فصل : لا يصح من غير جائز التصرف . ٣٤٩

فصل : لا يصح العتق من غير المالك . ٣٤٩ ، ٣٥٠

١٩٤٦ - مسألة: (وإذا كان العبد بين ثلاثة ، فأعتقه

معا ، أو... ، فقد صار حرا ،

٣٥٠ ، ٣٥١) وولاؤه بينهم أثلاثا (

فصل : إذا قال كل واحد من الشركاء

للعبد : إذا دخلت الدار ،

فنصيبى منك حر . فدخل ،

٣٥١ عتق عليهم جميعا .

١٩٤٧ - مسألة: (لو أعتقه أحدهم ، وهو موسر ،

عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة

٣٥١ - ٣٥٣) ثلثيه (

فصل : لافرق في هذا بين كون الشركاء

٣٥٣ مسلمين أو كافرين ، ...

١٩٤٨ - مسألة: (إن أعتقاه بعد عتق الأول ، وقبل

أخذ القيمة ، لم يثبت لهما فيه عتق ؛

٣٥٣ - ٣٥٨) لأنه صار حرا بعتق الأول له (

٣٥٥ ، ٣٥٦ . فصل : القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق .

فصل : المعتبر في اليسار في هذا ، أن يكون

٣٥٦ له فضل عن قوته يومه وليلته ...

فصل : إذا قال أحد الشركين لشريكه :

إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حر

مع نصيبك . فأعتق نصيبه ،

٣٥٧ ، ٣٥٨ عتقا معا ، ...

١٩٤٩ - مسألة: (إن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه

الثاني وهو موسر ، عتق عليه نصيبه

- ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه
للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق
الثاني (٣٥٨ - ٣٦٠)
- فصل : إذا قلنا بالسعاية ، احتمل أن لا
يعتق كله ، ... ٣٦٠
- ١٩٥٠ - مسألة : (لو كان المعتق الثاني معسرا ، عتق
نصيبه منه ، وكان ثلثه رقيقا لمن لم
يعتق ، فإن مات وفي يده مال ، كان
ثلثه لمن لم يعتق ، وثلثاه للمعتق
الأول ، والمعتق الثاني بالولاء ، إذا
لم يكن له وارث أحق منهما) ٣٦١ - ٣٦٣
- فصل : من قال بالسعاية ، فإنه يستسعى
حين أعتقه الأول ، ... ٣٦١
- فصل : إذا حكمنا بعتق بعضه ورق
بعضه ، فإن نفقته في حياته ، ...
- بينه وبين سيده ... ٣٦١ ، ٣٦٢
- فصل : من أعتق عبده ، وهو صحيح
جائز التصرف ، صح عتقه ... ٣٦٢ ، ٣٦٣
- ١٩٥١ - مسألة : (إذا كان العبد بين شريكين ، فادعى
كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه
منه ، فإن كانا معسرين ، لم يقبل
قول واحد منهما على شريكه ، فإن
كانا عدلين ، كان للعبد أن يحلف مع
كل واحد منها ويصير حرا ، أو
يحلف مع أحدهما ، ويصير نصفه
حرا) ٣٦٣ - ٣٦٦

- فصل : من قال بالاستسعاء ، فقد اعترف
 ٣٦٤ ... بأن نصيبه قد خرج عن يده ، ...
- فصل : إن اشترى أحدهما نصيب
 ٣٦٥ ، ٣٦٤ صاحبه ، عتق عليه ، ...
- فصل : كل من شهد على سيد عبد بعث
 ٣٦٦ ، ٣٦٥ عبده ، ثم اشتراه ، عتق عليه ...
- ١٩٥٢ - مسألة : (وإن كان الشريكان موسرين ، فقد
 صار العبد حرا باعتراف كل واحد
 منهما بحريته ، وصار مدعيا على
 شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن
 ٣٦٦ - ٣٦٨ بينة ، فيمين كل واحد منهما لشريكه)
- فصل : إن كان أحد الشريكين موسرا ،
 والآخر معسرا ، عتق نصيب
 ٣٦٧ المعسر وحده ...
- فصل : إن ادعى أحد الشريكين أن
 شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر
 الآخر ... عتق نصيب المدعى
 ٣٦٧ ، ٣٦٨ وحده ...
- فصل : إذا قال أحد الشريكين : إن كان
 هذا الطائر غرابا ، فنصيبى حر .
 وقال الآخر : إن لم يكن غرابا ،
 فنصيبى حر . وطار ، ولم يعلما
 ٣٦٨ حالة ...
- ١٩٥٣ - مسألة : (وإذا مات رجل ، وخلف ابنين
 وعبدان ، ... ، فقال أحد الابنين :

- أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى
أعتق أحدهما ، لا أدري من منها .
أقرع بينهما ، ... (٣٦٨ ، ٣٦٩)
- فصل : إن رجع الابن الذى جهل عين
المعتق ، فقال : قد عرفته . قبل
القرعة ، فهو كما لو عينه ابتداء... ٣٦٩
- ١٩٥٤ - مسألة : (وإذا كان لرجل نصف عبد ، وآخر
ثلثه ، وآخر سدسه ، فأعتق صاحب
النصف وصاحب السدس معا وهما
موسران ، عتق عليهما ، و...) ٣٦٩ - ٣٧١
- ١٩٥٥ - مسألة : (إذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها
أحدهما وأحبلها ، أدب ، و...) ٣٧١ - ٣٧٣
- فصل : قال أبو الخطاب : وهل تلزمه
قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على
وجهين ... ٣٧٣
- فصل : لا فرق بين أن يكون له فى الأمة
ملك كثير أو يسير . ٣٧٣
- ١٩٥٦ - مسألة : (إذا ملك سهما ممن يعتق عليه بغير
الميراث ، وهو موسر ، عتق عليه
كله ، و...) ٣٧٣ - ٣٧٨
- فصل : إن ورث الصبى والمجنون جزءا ممن
يعتق عليهما ، عتق ، ولم يسر إلى
باقيه . ٣٧٥ ، ٣٧٦
- فصل : إذا باع عبدا لذى رحمه وأجنبى
صفقة واحدة ، عتق كله . ٣٧٦

- فصل : إذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن
موسر ، فاشتراها هو وزوجها
وهي حامل منه ، صفقة
واحدة ، عتق نصيب الابن ... ٣٧٦ ، ٣٧٧
- فصل : إذا كان لرجل نصف عبيدين
متساويين في القيمة ، ... فأعتق
أحدهما في صحته ، عتق ... ٣٧٧
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه
أعتق شركاً له في عبد ، ... ، ثم
رجعا عن الشهادة ... ٣٧٧
- فصل : إن شهد شاهدان على ميت بعث
عبد في مرض موته ، وهو ثلث
ماله ، فحكم حاكم بشهادتهما ...
ثم شهد آخر بعث آخر ... ٣٧٧ ، ٣٧٨
- ١٩٥٧ - مسألة : (إذا كان له ثلاثة أعبد ، فأعتقهم في
مرض موته ، أو دبرهم ، أو ...
أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي
رق ، فمن وقع له سهم حرية ، عتق
دون صاحبيه) ٣٧٨ - ٣٨٩
- فصل : في كيفية القرعة . ٣٨٣ - ٣٨٦
- فصل : إن كان للمعتق مال غير العبيد ،
مثلاً قيمة العبيد أو أكثر ، عتق
العبيد كلهم ... ٣٨٦ ، ٣٨٧
- فصل : إن كان على الميت دين يحيط
بالتركة ، لم يعتق منهم شيء ... ٣٨٧

- فصل : إذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ، ... ، فمات أحدهم ، أقرعنا بين الميت والأحياء ... ٣٨٨ ، ٣٨٧
- فصل : إن دبر الثلاثة ، أو وصى بعقدهم ، فمات أحدهم في حياته ، بطل تدبيره ، والوصية فيه ... ٣٨٩
- ١٩٥٨ - مسألة : (ولو قال لهم في مرض موته : أحدكم حر . أو كلكم حر . ومات ، فكذلك) ٣٨٩ - ٣٩١
- فصل : لو أعتق إحدى إماءه ، ثم وطئ إحدى إحداهن ، لم يتعين الرق فيها . ٣٩٠
- فصل : إن أعتق واحدًا بعينه ونسيه ، ... ٣٩٠ ، ٣٩١
- ١٩٥٩ - مسألة : (وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو أعتقه في مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفي بقيمة نصفه الذي لشريكه ، أعطى ، وكان كله حراً ...) ٣٩١ ، ٣٩٢
- ١٩٦٠ - مسألة : (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه ، وهو مالك لكاه) ٣٩٢ ، ٣٩٣
- فصل : فأما إن أعتق بعض عبده في مرضه ، فهو كعتق جميعه ... ٣٩٣
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين حصته ، صح ... ٣٩٣

- ١٩٦١ - مسألة: (ولو أعتقهم ، وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، بعناهم في دينه) ٣٩٣ - ٣٩٥
- فصل : إن أعتق المريض ثلاثة أعيد ، لامال له غيرهم ، ... ثم ظهر عليهم دين يستغرق نصفهم ... ٣٩٥
- ١٩٦٢ - مسألة: (لو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحدا ؛ لعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه ، عتق من أرق منهم) ٣٩٥ - ٣٩٨
- فصل : إذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصى إعتاقه ... ٣٩٦ ، ٣٩٧
- فصل : إن علق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث . ٣٩٧
- فصل : إذا أعتق عبدا ، وله مال ، فماله لسيدة . ٣٩٧ ، ٣٩٨
- ١٩٦٣ - مسألة: (وإذا قال لعبده : أنت حرٌّ . في وقتٍ سماه ، لم يعتق حتى يأتى ذلك الوقت) ٣٩٨ - ٤٠٧
- فصل : إذا جاء الوقت وهو في ملكه ، عتق . ٣٩٩ ، ٤٠٠
- فصل : إذا قال لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط ، فأنت حر ... ٤٠٠

- فصل : إذا قال لعبده : إن دخلت الدار ،
فأنت حر . فباعه ثم اشتراه ،
٤٠٠ ، ٤٠١ . ودخل الدار ، عتق .
- فصل : إذا قال لعبده مقيّد : هو حر إن
حل قيده إن لم يكن في قيده عشرة
٤٠١ أرطال ...
- فصل : إن قال لعبده : أنت حرمتي
شئت . لم يعتق حتى يشاء
٤٠١ ، ٤٠٢ . بالقول .
- فصل : تعليق العتق على أداء شيء ينقسم
٤٠٢ - ٤٠٦ ثلاثة أقسام ...
- فصل : إذا قال لعبده : أنت حر ، وعليك
٤٠٦ ، ٤٠٧ ألف . عتق ، ولا شيء عليه .
- فصل : إذا علق عتق أمته بصفة ، وهي
٤٠٧ حامل ، تبعها ولدها ...
- ١٩٦٤ - مسألة : (إذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من
غشيانها ، والتلذذ بها ، و... ، فإن
أسلم ، حلت له ، وإذا مات ،
٤٠٧ ، ٤٠٨ عتقت)
- ١٩٦٥ - مسألة : (إذا قال لأمه : أول ولد تلدينه حر .
فولدت اثنين ، أقرع بينهما ، فمن
أصابته القرعة ، فهو حر ، إذا
٤٠٨ أشكل أولهما خروجاً)
- فصل : فإن ولدت الأول ميتاً ، والثاني
٤٠٨ حياً ...

- فصل : وإن قال لأمته : كل ولد تلدينه ،
فهو حر . عتق كل ولد
ولدته ... ٤٠٨
- فصل : فإن قال : أول غلام أملكه ، فهو
حر . انبنى ذلك على العتق قبل
الملك ... ٤٠٩
- فصل : إن قال : آخر عبد أملكه ، فهو
حر . فملك عبدا ... ٤٠٩ ، ٤١٠
- ١٩٦٦ - مسألة : (إذا قال العبد لرجل : اشتري من
سيدي بهذا المال فأعتقني . ففعل ،
فقد صار حرا ، وعلى المشتري
أن ...) ٤١٠ - ٤١٢
- فصل : لو كان العبد بين شريكين ،
فأعطى العبد أحدهما خمسين
دينارا ، على أن يعتق نصيبه ،
فأعتقه ، عتق ... ٤١١
- فصل : لو وكل أحد الشريكين شريكه في
عتق نصيبه ، فقال الوكيل :
نصيبى حر . عتق ... ٤١١
- كتاب التدبير ٤١٢ - ٤٤٠
- ١٩٦٧ - مسألة : (إذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، ...
فقد صار مدبرا) ٤١٢ - ٤١٩
- فصل : يعتق المدبر بعد الموت من ثلث
المال . ٤١٢
- فصل : إن اجتمع العتق في المرض
والتدبير ، قدم العتق ... ٤١٢ - ٤١٤

الصفحة

- فصل : يجوز التدبير مطلقا ومقيدا . ٤١٤ ، ٤١٥
- فصل : إن قال : أنت حر بعد موتى
بشهر ، ... ٤١٥ ، ٤١٦
- فصل : إذا قال لعبده : إذا قرأت القرآن ،
فأنت حر بعد موتى ... ٤١٦ ، ٤١٧
- فصل : إذا قال لعبده : إذا مت ، فأنت
حر ، أو لا ؟ ... ٤١٧
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، ... ٤١٧ ، ٤١٨
- فصل : إن دبر كل واحد منهما نصيبه ،
فمات أحدهما . ٤١٨ ، ٤١٩
- ١٩٦٨ - مسألة : (وله بيعه في الدين) ٤١٩ - ٤٢١
- ١٩٦٩ - مسألة : (لا تباع المدبرة في الدين ...) ٤٢١
- ١٩٧٠ - مسألة : (فإن اشتراه بعد ذلك ، رجع في
التدبير) ٤٢٢
- ١٩٧١ - مسألة : (ولو دبره ، ثم قال : قد رجعت في
تدبيرى ، أو أبطلته . لم يطل ...) ٤٢٢ - ٤٢٥
- فصل : إذا قال السيد للمدبرة : إذا أدت إلى
ورثتى كذا ، فأنت حر ... ٤٢٣
- فصل : إذا رهن المدبر ، لم يطل
تدبيره ، ... ٤٢٣
- فصل : إن ارتد المدبر ، ولحق بدار الحرب .
لم يطل تدبيره ؛ ... ٤٢٣ ، ٤٢٤
- فصل : إن ارتد سيد المدبر ، ... ٤٢٤ ، ٤٢٥
- ١٩٧٢ - مسألة : (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها ،
فولدها بمنزلتها) ٤٢٥ - ٤٢٩
- فصل : إن علق عتق أمته بصفة ، ... ٤٢٧

الصفحة

- فصل : أما ولد المدير، فحكمه حكم أمه. ٤٢٧
 فصل : إذا ولدت المدبرة ، فرجع في
 تديرها ، ... ٤٢٧ ، ٤٢٨
 فصل : إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها
 في ولدها ، ... ٤٢٨
 فصل : كسب المدير في حياة سيده
 لسيده ... ٤٢٨ ، ٤٢٩
 ١٩٧٣ - مسألة : (وله إصابة مدبرته) ٤٢٩
 فصل : وابنة المدبرة كأمرها ، في حل
 وطئها إن لم يكن وطئ أمها . ٤٢٩
 ١٩٧٤ - مسألة : (ومن أنكر التدبير ، لم يحكم عليه إلا
 بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين
 العبد) ٤٣٠ ، ٤٣١
 ١٩٧٥ - مسألة : (إذا دبر عبده ومات ، وله مال غائب ،
 أو ... عتق من المدبر ثلثه ، و...) ٤٣١ - ٤٣٤
 فصل : إن كان المدبر عبيدين ، وله دين ،
 يخرجان من ثلث المال ، ...
 أقرعنا بينهما ... ٤٣٢ ، ٤٣٣
 فصل : إذا دبر عبدا قيمته مائة ، وله مائة
 دينا ، عتق ثلثه ... ٤٣٣
 فصل : إن دبر عبده ، وقيمه مائة ، ...
 وله ابنان ، وله مائتان دينا على
 أحدهما ... ٤٣٣
 فصل : إن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف
 ابنين ومائتي درهم دينا على
 أحدهما ... ٤٣٣ ، ٤٣٤

١٩٧٦ - مسألة: (وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره

جائزاً، إذا كان له عشر سنين ...)
٤٣٤ ، ٤٣٦
فصل : ويصح منه الرجوع ، ... ،
٤٣٥
فصل : ويصح تدبير المحجور عليه
لسفه ...
٤٣٥

١٩٧٧ - مسألة: (وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)
٤٣٧ - ٤٤٠

فصل : أما سائر جناياته ، غير قتل
سيده ، فلا تبطل تدبيره ...
٤٣٧ - ٤٣٩
فصل : إذا دبر السيد عبده ، ثم كاتبه ،
جاز .
٤٣٩ ، ٤٤٠

٤٤١ - ٥٧٩

كتاب المكاتب

فصل : إذا سأل العبد سيده مكاتبته ،
استحب له إجابته ...
٤٤٢ - ٤٤٤
فصل : لا تصح الكتابة إلا ممن يصح
تصرفه ...
٤٤٤ ، ٤٤٥
فصل : إذا كاتب الذمي عبده المسلم ،
صح ؛ ...
٤٤٥ ، ٤٤٦
فصل : إن كاتب الحرى عبده ، صحت
كتابته ، ...
٤٤٦ - ٤٤٨

فصل : إن كاتب المرتد عبده ، ...
٤٤٨
فصل : وكتابة المريض صحيحة ، ...
٤٤٨ ، ٤٤٩

١٩٧٨ - مسألة: (إذا كاتب عبده ، أو أمته على أنجم ،

فأدبت الكتابة ، فقد صار العبد
حراً ، وولاؤه لمكاتبه)
٤٤٩ - ٤٥٧

- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
- أحدها : الكتابة لاتصح حالة ، ولا تجوز
إلا مؤجلة منجمة ... ٤٤٩ - ٤٥١
- الفصل الثاني : أنه إذا كاتبه على أنجم
معلومة ، صحت الكتابة ... ٤٥١ ، ٤٥٢
- الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع
الكتابة . ٤٥٢ - ٤٥٤
- فصل : وتجوز الكتابة على كل مال يجوز
السلم فيه . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة
مباحة ؛ ... ٤٥٥ ، ٤٥٦
- فصل : وإن كاتبه على خدمة مفردة ، في
مدة واحدة ، ... فحكمه حكم
الكتابة على نجم واحد ... ٤٥٦ ، ٤٥٧
- فصل : إذا كاتب العبد ، وله مال ، فماله
لسيده ، ... ٤٥٧
- ١٩٧٩ - مسألة : (ولاؤه لمكاتبه) ٤٥٧ ، ٤٥٨
- ١٩٨٠ - مسألة : (يعطى مما كوتب عليه الربع ؛ لقول الله
تعالى : ﴿ وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي
آتَاكُمْ ﴾) ٤٥٨ - ٤٦١
- الكلام في الإيتاء في خمسة فصول ؛ ٤٥٨
- أما الأول :: فإنه يجب على المكاتب إيتاء
المكاتب شيئاً مما كوتب عليه . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- الفصل الثاني : في قدره ، وهو الربع . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- الفصل الثالث : في جنسه . ٤٦٠ ، ٤٦١
- الفصل الرابع : في وقت جوازه ، ... ٤٦١

- ٤٦١ الفصل الخامس : في وقت وجوبه ، ...
- ١٩٨١ - مسألة: (وإن عَجَلَت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعق من وقته ...) ٤٦١ - ٤٦٥
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : فيما إذا عَجَل المكاتب الكتابة قبل محلها . ٤٦١ - ٤٦٣
- فصل : إذا أحضر المكاتب مال الكتابة ، أو بعضه ، ليسلمه ، فقال السيد : هذا حرام ... ٤٦٣ ، ٤٦٤
- فصل : إذا كاتبه على جنس ، لم يلزمه قبض غيره ، ... ٤٦٤
- الفصل الثاني : إذ ملك ما يؤدي ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي ... ٤٦٤ ، ٤٦٥
- ١٩٨٢ - مسألة: (وإذا أدى بعض كتابته ، ومات وفي يده وفاء وفضل ، فهو لسيدته ...) ٤٦٥ - ٤٦٩
- فصل : إن مات ولم يخلف وفاءً ، ... ٤٦٧
- فصل : لا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛ ... ٤٦٧ ، ٤٦٨
- فصل : قتل المكاتب كموته ، في انفساخ الكتابة ، ... ٤٦٨ ، ٤٦٩
- ١٩٨٣ - مسألة: (وإذا مات السيد ، كان العبد على كتابته ، وما أدى فين ورثة سيده ، مقسوما كال ميراث) ٤٦٩ ، ٤٧٠
- ١٩٨٤ - مسألة: (وولاؤه لسيدته ، وإن عجز ، فهو عبد لسائر الورثة) ٤٧٠ - ٤٧٥

- فصل : إن أعتقه الورثة ، صح
٤٧١ ، ٤٧٢ عتقهم ؛ ...
- فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو
٤٧٢ وهبوه ، صح ...
- فصل : إن وصى السيد بمال الكتابة
٤٧٢ ، ٤٧٣ لرجل ، صح .
- فصل : إذا مات رجل ، وخلف ابنين
وعبدا ، فادعى العبد أن سيده
٤٧٣ - ٤٧٥ كاتبه ...
- ١٩٨٥ - مسألة : (ولا يُمنع المكاتب من السفر)
٤٧٥ - ٤٧٧ فصل : إن شرط عليه في الكتابة أن لا
يسافر ، ...
٤٧٦ ، ٤٧٧
- فصل : إن شرط في كتابه أن لا يسأل
الناس ...
٤٧٧
- ١٩٨٦ - مسألة : (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده)
٤٧٧ - ٤٨٥ فصل : ليس له التسرّي بغير إذن
سيده ...
٤٧٨ ، ٤٧٩
- فصل : ليس للمكاتب أن يزوج عبده
وإماءه ، بغير إذن سيده .
٤٧٩ ، ٤٨٠
- فصل : ليس له إعتاق رقيقه ، إلا بإذن
سيده .
٤٨٠ ، ٤٨١
- فصل : المكاتب محجور عليه في ماله ، ...
٤٨١ ، ٤٨٢
- فصل : لا يحاى المكاتب في البيع ، ...
٤٨٢
- فصل : وليس للمكاتب أن يمج إن احتاج
إلى إنفاق ماله فيه ...
٤٨٢ ، ٤٨٣

- فصل : ليس للمكاتب أن يكتب إلا بإذن سيده . ٤٨٣ ، ٤٨٤
- فصل : ليس للمكاتب أن يبيع نسيئة ، ... ٤٨٤
- فصل : للمكاتب أن يبيع ويشترى . ٤٨٤ ، ٤٨٥
- ١٩٨٧ - مسألة : (ولا يبيعه سيده درهماً بدرهمين) ٤٨٥ - ٤٨٧
- فصل : إن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، ... تقاصاً ... ٤٨٦ ، ٤٨٧
- ١٩٨٨ - مسألة : (وليس للرجل أن يطاء مكاتبته ، إلا أن يشترط) ٤٨٧ - ٤٩٠
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : في وطئها بغير شرط ، وهو حرام ... ٤٨٧
- الفصل الثاني : إذا شرط وطأها ، فله ذلك . ٤٨٧ ، ٤٨٨
- فصل : إن وطئها مع الشرط ، فلاحد عليه ... ٤٨٨
- فصل : إن أولدها ، صارت أم ولد له ، ... ٤٨٨ ، ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء بنتها ؛ ... ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقاً ، ... ٤٨٩
- فصل : لا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ؛ ... ٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٩٨٩ - مسألة : (فإن وطئها ، ولم يشترط ، أدب ، ولم

- يلغ به حد الزانى ، وكان عليه مهر
 مثلها (٤٩٠ ، ٤٩١)
- فصل : إذا وجب لها المهر ، فإن كان لم
 يحل عليها نجم ، فلها المطالبة به . ٤٩١
- ١٩٩٠ - مسألة : (فإن عقلت منه ، فهي مخيرة بين العجز
 وتكون أم ولد ، وبين المضى على
 كتابتها ...) ٤٩١ - ٥٠١
- فصل : إن أعتقها سيدها ، عتقت ، ... ٤٩٢ ، ٤٩٣
- فصل : إن أتت بولد من غير سيدها بعد
 استيلادها ، فله حكمها في
 العتق ... ٤٩٣
- فصل : إذا كانت الأمة بين شريكين ،
 فكاتبها ، ثم وطئها أحدهما ،
 أدب ... ٤٩٣ - ٤٩٥
- فصل : إن وطئها جميعاً ، فقد وجب على
 كل واحد منهما مهر مثلها ... ٤٩٥ - ٤٩٧
- فصل : إن أولدها كل واحد منهما ،
 واتفقا على السابق منهما ، ... ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، ... ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : إن وطئها معاً ، فأنت بولد ، لم
 يخل من ثلاثة أقسام ... ٥٠٠ - ٥٠٢
- ١٩٩١ - مسألة : (وإذا كاتب نصف عبد ، فأدى
 ما كوتب عليه ، و... ، صار نصفه
 حرّاً بالكتابة ، ...) ٥٠٢ - ٥٠٩
- فصل : إذا كان العبد كله ملكاً للرجل ،
 فكاتب بعضه ، جاز . ٥٠٤

- فصل : إذا كان العبد لرجلين ، فكاتباه
 ٥٠٥ معا ، جاز .
- فصل : ليس للمكاتب أن يؤدي إلى
 ٥٠٦ - ٥٠٨ أحدهما أكثر من الآخر ، ...
- فصل : إن عجز مكاتبهما ، فلهما الفسخ
 ٥٠٨ والإمضاء ؛ ...
- ١٩٩٢ - مسألة : (وإذا عتق المكاتب ، استقبل بما في يده
 من المال حولا ، ثم زكاه ، إن كان
 ٥٠٩ ، ٥١٠ نصابا)
- ١٩٩٣ - مسألة : (وإذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر ،
 عَجَزَه السيد ، وعاد عبداً غير
 ٥١٠ - ٥١٥ مكاتب)
- فصل : أما إن حل نجم واحد ، فعجز عن
 ٥١١ ، ٥١٢ أدائه ، ...
- فصل : إذا حل النجم ، وماله حاضر
 ٥١٢ ، ٥١٣ عنده ، طوّل بأدائه ...
- فصل : إذا حل النجم والمكاتب غائب
 ٥١٣٠ بغير إذن سيده ، فله الفسخ .
- فصل : إذا دفع العوض في الكتابة ، فبان
 ٥١٣ ، ٥١٤ مستحقاً ، ...
- ١٩٩٤ - مسألة : (وما قبض من نجوم كتابته ، استقبل به
 ٥١٥ حولا)
- ١٩٩٥ - مسألة : (وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل
 كتابته ، فإن عجز ، كان سيده
 مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت

الصفحة

- أقل من جنايته ، أو يسلمه (٥١٥ - ٥٢٥)
 فصل : إذا جنى المكاتب جنايات ،
 ٥١٧ ، ٥١٨ تعلق برقبته ، ...
 فصل : إن جنى المكاتب على سيده فيما
 ٥١٨ ، ٥١٩ دون النفس ، ...
 فصل : إذا اجتمع على المكاتب أرش
 ٥١٩ ، ٥٢٠ جناية ، وثمن مبيع ، ...
 فصل : إذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية
 ٥٢٠ توجب القصاص ، ...
 فصل : إن ملك المكاتب ابنه ، أو بعض
 ٥٢٠ ، ٥٢٢ ذوى رحمه المحرم ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب على
 ٥٢٢ بعض ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب عليه
 جناية ، موجبها المال ، كانت
 ٥٢٢ هدرا .
 فصل : إذا جُنِيَ على المكاتب فيما دون
 ٥٢٢ ، ٥٢٤ النفس ، ...
 فصل : إذا مات المكاتب ، وعليه
 ٥٢٤ ، ٥٢٥ ديون ، ...
 ١٩٩٦ - مسألة : (وإذا كاتبه ، ثم دَبَّرَهُ ، فإذا أدى ،
 صار حرا ، وإن مات السيد قبل
 الأداء ، عتق بالتدبير ، إن حمل
 الثلث ، مابقى عليه من كتابته ،
 ٥٢٥ - ٥٢٩ وإلا عتق منه بمقدار الثلث ، و...)

- فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى
عجزت بعد موتى، فأنت حر... ٥٢٦
- فصل : إذا كاتب عبدا في صحته ، ثم
أعتقه في مرض موته ... ٥٢٦ - ٥٢٨
- فصل : إن وصى سيده بإعتاقه ، ... ٥٢٨ ، ٥٢٩
- ١٩٩٧ - مسألة: (وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته ،
وأق بشاهد ، حلف مع شاهده ،
وصار حرا) ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إن لم يكن للعبد شاهد ، وأنكر
السيد ، ... ٥٢٩
- فصل : إن أقر السيد بقبض مال
الكتابة ، ... ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إذا أبرأ السيد من مال
الكتابة ، ... ٥٣٠
- ١٩٩٨ - مسألة: (ولا يُكْفَرُ المكاتب بغير الصوم) ٥٣٠ ، ٥٣١
- ١٩٩٩ - مسألة (وولد المكاتبه الذين ولدتهم في
الكتابة ، يعتقون بعثها) ٥٣١ - ٥٣٤
- فصل : أما ولد ولدها فإن ابنها حكمه
حكم أمه ؟ ... ٥٣٤
- ٢٠٠٠ - مسألة: (ويجوز بيع المكاتب) ٥٣٥ - ٥٣٧
- فصل : تجوز هبة المكاتب ، والوصية
به ، ... ٥٣٧
- ٢٠٠١ - مسألة: (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ،
فإذا أدى صار حرا و...) ٥٣٧ - ٥٤٣
- فصل : أما بيع الدين الذى على المكاتب
من نجومه ، فلا يصح . ٥٣٨ - ٥٣٩

- فصل : إذا كانت المكاتب ذات ولد يتبعها
في الكتابة ، فباعهما معا ،
٥٣٩ صح .
فصل : إن وصى بالمكاتب لرجل ، ... ،
٥٤٠ فصل : إن وصى بكتابه لرجل ، ... ،
٥٤١ ، ٥٤٠ فصل : إن وصى بمال الكتابة لرجل ،
و برقبته لآخر ...
٥٤١ فصل : إذا كانت الكتابة فاسدة ،
فأوصى لرجل بما في ذمة
المكاتب ...
٥٤١ فصل : تصح الوصية لمكاتبه ؛ ...
٥٤٣ ، ٥٤٢ ٢٠٠٢ - مسألة : (وإذا اشترى المكاتب أباه ، أو ... ، لم
يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه ،
فإن عجز فهم عبيد لسيده)
٥٤٣ - الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛
أحدهما : أنه يصح أن يشتري من ذوى
أرحامه من يعتق عليه ، بغير إذن
سيده ...
٥٤٤ الفصل الثاني : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه
لهم ؛ ...
٥٤٥ ، ٥٤٤ فصل : وكسبهم للمكاتب ، ...
٥٤٥ فصل : إن وهب له بعض ذوى رحمه ، فله
قبوله ، ...
٥٤٥ فصل : يجوز أن يشتري المكاتب امرأته ،
والمكاتب زوجها .
٥٤٥

- فصل : إذا زوّج السيد ابنته من مكاتبه
برضاه ، ثم مات السيد ... ٥٤٦
- ٢٠٠٣ - مسألة : (وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم ، فقال : بيعوني نفسي بها . فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابا ، أنكر أحدهم ...) ٥٥٢-٥٤٧
- فصل : إذا كان العبد بين شريكين ، فكاتباه بمائة ، فادعى دفعها إليهما ، وصدقاها ، عتق ... ٥٥٠ ، ٥٤٩
- فصل : إن ادعى العبد دفع المائة إلى أحدهما ، ليدفع إلى شريكه حقه ... ٥٥١ ، ٥٥٠
- فصل : إن اعترف المدعى بقبض المائة ، على الوجه الذى ادعاه المكاتب ، وقال : قد دفعت إلى شريكى نصفها ... ٥٥٢ ، ٥٥١
- ٢٠٠٤ - مسألة : (وإذا قال السيد : كاتبك على ألفين ، وقال العبد : على ألف . فالقول قول السيد مع يمينه) ٥٥٥-٥٥٢
- فصل : إن اختلفا في أداء النجوم ... ٥٥٣
- فصل : إن كاتب عبدين ، واستوفى من أحدهما ، ولم يدر من أيهما استوفى ... ٥٥٤ ، ٥٥٣
- فصل : إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده : فقال سيده ، قد أدى إلى ... ٥٥٥ ، ٥٥٤
- ٢٠٠٥ - مسألة : (وإذا أعتق الأمة ، أو كاتبها ، وشرط ما فى بطنها ، أو أعتق ما فى بطنها دونها ، فله شرطه) ٥٥٧-٥٥٥
- ٢٠٠٦ - مسألة : (ولا بأس أن يجعل المكاتب لسيده بعض كتابته ، ويضع عنه بعض كتابته) ٥٥٧ -
- فصل : إن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدين ... ٥٥٨

- فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته
 ٥٥٩ بغير جنسه ، ...
 ٢٠٠٧ - مسألة : (وإذا كان العبد بين شريكين ، فكاتب
 ٥٦١،٥٦٠ أحدهما ...)
 فصل : وإن كان المعتق معسرا ، لم يسر
 ٥٦١ عتقه ، وكان نصيبه حرا ، وباقيه
 على الكتابة ، فإن أدى ...
 فصل : ونقل عن أحمد ، رضى الله عنه ، أنه
 سئل عن عبيدين شريكين ، فكاتباه
 ٥٦٢،٥٦١ على ألف درهم ، ...
 ٢٠٠٨ - مسألة : (وإذا عجز المكاتب ، ورد في الرق ، وكان
 ٥٦٣،٥٦٢ قد تصدق عليه بشيء ، فهو لسيده)
 فصل : وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه ، فلا
 ٥٦٣ يجب رده بحال ...
 فصل : وموت المكاتب قبل الأداء
 ٥٦٣ كعجزه ، ...
 ٢٠٠٩ - مسألة : (وإذا اشترى المكاتبان ، كل واحد منهما
 الآخر ، صح شراء الأول وبطل شراء
 ٥٦٣-٥٦٩ الآخر)
 فصل : فإن لم يُعْلَم السابق منهما ، فقال أبو
 ٥٦٥،٥٦٤ بكر : يبطل البيعان ، ...
 فصل : وإذا كاتب عبيدًا له ، صفقة
 ٥٦٧-٥٦٥ واحدة ، بعوض واحد ، ...
 فصل : إذا مات بعض المكاتبين ، سقط قدر
 ٥٦٧ حصته ...
 فصل : وإن أدى أحد المكاتبين عن
 ٥٦٨،٥٦٧ صاحبه ، ...
 ٥٦٨ فصل : ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة ...

- فصل : وإن أدوا ما عليهم ، أو بعضه ، ثم
اختلفوا ، ... ٥٦٨
- فصل : وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون
صاحبه ... ٥٦٩
- ٢٠١٠ - مسألة : (وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء ،
فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) ٥٧٢-٥٦٩
- فصل : وإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه
دون ورثته ... ٥٧١
- فصل : وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد
العتق ، ... ٥٧١
- فصل : وإذا كاتبه على ألفين ، في رأس كل
شهر ألف ... ٥٧٢ ، ٥٧١
- ٢٠١١ - مسألة : (وإذا أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل ،
فأخرجه إلى سيده ، فأحب أخذه بما
اشتراه ، فهو على كتابته . وإن لم يحب
أخذه ، فهو على ملك مشتريه ، يبقى
على ما بقى من كتابته ، يعتق بالأداء ،
وولاءه لمن يؤدي إليه) ٥٨٠-٥٧٢
- فصل : وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها
مع الكفار ؟ ... ٥٧٣
- فصل : وإن حبسه سيده مدة ، فقد أساء ،
ولا يحتسب عليه بمدته ... ٥٧٤ ، ٥٧٣
- فصل : وإذا وصى بأن يكاتب عبده ،
صحت الوصية ، ... ٥٧٥ ، ٥٧٤
- فصل : فإن قال : كاتبوا أحد رقيقى .
فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم ... ٥٧٥
- فصل : والكتابة الفاسدة ، أن يكاتبه على
عوض مجهول ، ... ٥٧٩-٥٧٥

٦٠٨-٥٨٠

كتاب عتق أمهات الأولاد

فصل : فإذا وطئ الرجل أمته فأنت بولد بعد

٥٨٤-٥٨١

وطئه بستة أشهر فصاعدا ...

٥٨٤

فصل : وإن اعترف بوطء أمته في الدبر ، ...

(وأحكام أمهات الأولاد ، أحكام الإماء ،

٥٨٩-٥٨٤

في جميع أمورهن ، إلا أنهن لا يبعن)

فصل : ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله ،

إن لم يبعها حتى مات ، ولم يكن له

٥٨٩،٥٨٨

وارث إلا ولدها ، عتقت عليه ...

(وإذا أصاب الأمة ، وهي في ملك غيره ،

بنكاح ، فحملت منه ، ثم ملكها حاملا ،

٥٩٤-٥٨٩

عتق الجنين ، وكان له يبعها)

فصل : قال أحمد ، رضى الله عنه ، في من

اشترى جارية حاملا من غيره ،

٥٩١

فوطئها قبل وضعها ، ...

فصل : إذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن

كان قد قبضها ، وتملكها ، ولم يكن

٥٩٣-٥٩١

الولد وطئها ، ...

فصل : إن كان الولد قد وطئ جارية ، ثم

٥٩٣

وطئها أبوه فأولدها ، ...

فصل : إن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه ، فهو

زاني ، يلزمه الحد إذا كان عالما

٥٩٤

بالتحريم ...

فصل : وإن زوج أمته ثم وطئها ، فقد فعل

٥٩٤

محرم ، ...

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ، أو

٥٩٤

أخته أو ابنته ، لم يحل له وطؤها .

(وإذا علق منه بحر في ملكه ، فوضعت

بعض ما يتبين فيه خلق الإنسان ، كانت

٥٩٧-٥٩٥

له بذلك أم ولد)

- ٢٠١٥ - مسألة: (وإذا مات ، فقد صارت حُرَّة ، وإن لم يملك غيرها)
٥٩٩-٥٩٧ فصل : لا فرق بين المسلمة والكافرة ،
والعفيفة والفاجرة ، ...
٥٩٩ ، ٥٩٨
- ٢٠١٦ - مسألة: (وإذا صارت الأمة أم ولدٍ ، بما وصفنا ، ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها)
٦٠٠-٥٩٩ فصل : أما ولد أم الولد قبل استيلائها ، وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكاتبة قبل كتابتها ، فلا يتبعها ، ...
٦٠٠
- ٢٠١٧ - مسألة: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من وطنها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت)
٦٠١ ، ٦٠٠
- ٢٠١٨ - مسألة: (وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها ، فما كان في يدها من شيء ، فهو لورثة سيدها)
٦٠٢ ، ٦٠١
- ٢٠١٩ - مسألة: (ولو أوصى لها بما في يدها ، كان لها ، إذا احتمله الثلث)
٦٠٢ فصل : وإن وصى للمدبرة أو مدبرته ، صحت الوصية أيضا ...
٦٠٢
- ٢٠٢٠ - مسألة: (وإذا مات عن أم ولده ، فعدتها حيضة)
٦٠٣
- ٢٠٢١ - مسألة: (وإذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها)
٦٠٤ ، ٦٠٣ فصل : إذا ماتت قبل فدائها ، فلا شيء على سيدها ، ...
٦٠٤
- ٢٠٢٢ - مسألة: (فإن عادت فجنت ، فداها ، كما وصفت)
٦٠٤ فصل : إن أبرأ بعضهم من حقه ، توفر

- ٦٠٥ الواجب على الباقيين ، ...
- ٦٠٥ ٢٠٢٣ - مسألة: (ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة)
- ٦٠٦ ٢٠٢٤ - مسألة: (وله تزويجها ، وإن كرهت)
- ٦٠٦ ٢٠٢٥ - مسألة: (ولاحد على من قذفها)
- ٦٠٧ فصل: لايجب القصاص على الحرة بقتلها، ...
- ٦٠٧ ٢٠٢٦ - مسألة: (وإن صلت مكشوفة الرأس ، كره لها ذلك ، وأجزأها)
- ٦٠٧ ٢٠٢٧ - مسألة: (وإذا قتلت أم الولد سيدها ، فعليها قيمة نفسها)
- ٦٠٨، ٦٠٧

آخر الجزء الرابع عشر
وهو آخر الكتاب
ويليه الجزء الخامس عشر
وفيه الفهارس العامة
والحمد لله حق حمده